

---

# APPLICAÇÕES DO DIREITO

---

## PARECERES E PROMOÇÕES

DO

DR. JOÃO MONTEIRO

Lente e Director da Faculdade de Direito de S. Paulo; Presidente resignatario do Instituto dos Advogados de S. Paulo; membro do Instituto Historico e Geographico de S. Paulo, do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, da Sociedade de Geographia do Rio de Janeiro, do Instituto Historico e Geographico da Bahia, da Sociedade de Geographia de Lisboa, da **Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre** de Berlim, do **Congrés International d'Histotre comparée** de Pariz (1900), etc., etc.

SEGUNDA EDIÇÃO

S. PAULO  
DUPRAT & COMP. – RUA DIREITA, 14  
1909

## DO MESMO AUTOR

---

**Do Perjurio** — Critica do art. 169 Cod. Crim. — Dissertação de concurso — S. Paulo, 1882.

**Da Sociedade em conta de participação** — Estudo de Direito Commercial — Diss. de concurso — S. Paulo, 1882.

**Da Universalização do Direito** — Prelecção inaugural da cadeira de legislação comparada — 1892; 2ª edição, 1905.

**Organização Judiciaria** — Parecer sobre o Projecto da Organização Judiciaria de S. Paulo, apresentado ao Senado daquelle Estado, 1891.

**Parecer sobre o Projecto n. 250 de 1893** — Reforma do Codigo Penal, da Camara dos Deputados — pela Faculdade de Direito de S. Paulo, 1893.

**Discursos** — (1890-1896) — S. Paulo, 1897.

**Vasco da Gama** — Discurso do 4º Centenario do Descobrimento da India, proferido na Sociedade de Geographia de Lisboa — Pariz, 1898.

**Theoria do Processo Civil e Commercial** — 3 vols. — S. Paulo, 1899-1901; 2ª edição, 1905.

**Unidade do Direito** — Memoria apresentada ao Congresso Juridico Americano de 1900 — S. Paulo, 1900; 2ª edição, 1905.

**Victor Hugo** — Conferencia no 1º Centenario — 1802-1902 — S. Paulo, 1902.

**Pareceres sobre os Projectos da Universidade** do Rio de Janeiro, dos Drs. Azevedo Sodré e Leoncio de Carvalho — S. Paulo, 1903.

**Allegações Forenses** — Collecção de trabalhos de advocacia, formando  
7 vols. de mais de 400 pags. cada um.

**Direito das Acções**, obra posthuma, 1905.

—————  
Em collaboração como o eximio mestre Conselheiro Dr. Manoel  
Antonio Duarte de Azevedo:

**Projecto do Codigo do Processo Criminal do Estado de S. Paulo**,  
1893.

Idem do **Codigo do Processo Civil e Commercial**, 1894.

**A**

**Meus Filhos e Genros**

Nullus est liber tam malus,

ut non aliqua parte prosit.

Plínio, o moço. Epist., III, 5.

## INDICE GERAL

---

PAG.

Explicação .....7

### PRIMEIRA PARTE

Direito civil ..... 18

### SEGUNDA PARTE

Direito commercial ..... 158

### TERCEIRA PARTE

Direito criminal ..... 317

### QUARTA PARTE

Direito constitucional e administrativo ..... 413

### QUINTA PARTE

Direito internacional privado ..... 481

### SEXTA PARTE

Medicina legal ..... 500

### SETIMA PARTE

Direito judiciario..... 529

Indice alphabetico ..... 638

---

## EXPLICAÇÃO

---

A sentença de Plínio, o moço, com que epigraphei este livro, vale como franca confissão do seu pequeno valor.

Si lhe repito o versiculo de S. Matheus (XXV, 9): *Ite ad vendentes* — não é porque o esperem pingues proventos... nem pingues, nem magros. Tambem nunca me movi pela *sacra fames*. Vai elle correr fortuna incerta impulsionado por estes dous unicos motivos: a insistente suggestão de alguns amigos, que generosamente ha muito m'ó aconselhavam e o inestancavel amor que tenho ao trabalho, a satisfacção desta indomavel necessidade de não parar nunca nesta peleja das letras, posto que nella me sustente com armas meneadas sem brilho nem destreza. Demais, methodico por habito incommutavel, não me era grato vêr amontoadas, sem nexo algum de classificação, as mil folhas de papel agora impressas. Dê-me a vida occasião desembaraçada, e não me falte o favor da generosidade publica, que talvez a este acompanhe em breve outro volume com alguns arrazoados escolhidos dentre os que, incontados e esquecidos, ali estão formando um monte de mais de seis mil folhas, das quaes só as impressas, em folhetos avulsos, já ordenaram sete volumes de mais de quatrocentas paginas cada um. Pois não será licito, a quem passou a maior e melhor parte de sua vida na tempestuosa e perfida agitação forense, deixar, agora que vai para além da metade do caminho da existencia, a seus filhos e genros, que tambem filhos são, a historia da sua advocacia?

Este livro não tem outros motivos, nem outra ambição lhe insuffla a idéa. Recebam-no qual é, e lhe façam a graça de propicio acolhimento. “Mas de qualquer modo que haja, ou não haja sido, eu estou, como escreveu Vieira (Carta XLVII) pela setença, e irei para onde me mandarem, que em toda a parte ha terra para o corpo, e Deus para a alma”.

Mas presumo que algo haverá de aproveitável em algum dos seus CXXX componentes. Porque só o meu haveria de desmerecer da consoladora setença do celebre discípulo de Quintiliano: Não ha livro tão máu, que não possa em alguma parte aproveitar?

Não lhe minguem dous dos melhores titulos de segura apresentação: principios generalizaveis e padrinhos de autoridade inquestionavel.

Em nenhuma daquellas CXXX respostas falta o cimento de pelo menos uma regra geral, um principio abstracto do direito puro, a lhe assegurar a dureza e impermeabilidade das construcções convenientemente argamassadas. Tanto bastaria para abrigar da furia demolidora dos ventos da critica maldizente. Soprem elles embora, que esse *conjuncto das permanencias abstractas de direito*, na valente phrase de Edmundo Picard, que esse ideal eternamente vivo hade permanecer, como disse o Dante,

...come torre, fermo, che non crolla

Giammai la cima per soffiar de'venti

E porque é na palavra dos grandes mestres que reside o credito dos que apenas não passam de discipulos, nunca chegarei a ter como bastante a bibliotheca em cujo seio vivo e que quotidianamente se me afigura pequena para saciar a incoercivel polydipsia de saber, que faz do homem o incomentavel eterno. E eis porque vão os nossos *Pareceres* tão ilustrados de citações de bons autores, que talvez se me increpe como ostentação viciosa de erudição rebuscada o que em verdade só procede da hosneta consciencia do insignificante valor do que fosse propriamente meu. Com o endosso de tão bons garantes talvez menos difficil possa ser a circulação das minhas letras.



Porque este titulo — *Aplicações do Direito*?

Imaginei varios outros, que successivamente fui substituindo.

*Cosmologia do Direito* — talvez correspondesse bem á minha idéa. Aqui se expõem principios elementares do mundo juridico; aqui se observam preceitos da ordem encyclopedica do direito; aqui não se desprezou a influença suggestiva da philosophia abstracta, e si não puzemos frente a frente, disputando a solução pedida, o racionalismo de Stahl, o metaphysismo de Kant, o historicismo de Savigny, o evolucionismo de Bentham, o positivismo de Cogliolo, o economicismo de Loria, não nos furtámos entretanto por completo ao influxo que de cada escola mais adequado me pareceu ao assumpto em discussão. Ha aqui, portanto, um discurso, *logos*, sobre o mundo, *kosmos*, do direito. Mas aqui não se contém inteira a physica do direito, sinão diminuta, posto que variadissima parte do vastissimo mundo dos phenomenos juridicos. Aquelle titulo excederia do conteúdo do livro. Seria erro imperdoavel de logica.

*Dynamica do Direito* — estive quasi a me decidir por este. O direito, que é uma força, tão certa na mechanica social quanto, na physica, a existencia dos corpos, tem a sua estatica e a sua dinamica. Como canon juridico, regra applicavel ás relações de direito que sob o seu dominio houverem de nascer, materia inerte, substancia abstracta, pura these legislativa, o direito se nos apresenta estatico. Mas a *regula juris* estudada metaphysicamente, isto é, como pura idéa, ente incorporeo ou intellectual, não passaria de pura entidade de razão, que dirigisse os homens na solidariedade economica da vida tão abstractamente, tão idealisticamente como, nas relações espirituales e religiosas, qualquer conceito de logica abstracta ou dogma da mystica divina, si a lucta pelo direito, *o der Kampf um's Recht*, de Ihering, não lhe viesse trazer o sentimento de sua realidade e extensão. E' então o direito em movimento, é o direito no estado dynamico, dando ao homem a consciencia e a

sensação do seu poder social. No primeiro aspecto, o dogma juridico repousa no equilibrio estatico de sua força latente; o combate pelo direito, provocado pela acção contraria de outras forças externas, põe desde logo em movimento o mesmo dogma, para lhe assegurar a força e extensão, para o collocar no quadro das utilidades economicas. Que aproveitaria á vida industrial, ao progresso economico das sociedades, si as machinas, instrumentos e utensilios de que se servem a estatica propriamente dita e a hydraulica, permanecessem no equilibrio da inercia, a encher officinas silenciosamente descançadas? De que serviriam as alavancas, as roldanas, si nunca se puzessem em movimento? Sem a hydrodynamica, que aproveitaria a hydrostatica?

Eis porque, reproduzindo Savigny e Ihering, os dous mais elevados cumes da grande cordilheira juridica allemã do seculo XIX, dissemos no § 2º da *Theoria do Processo*, que o direito não tem verdadeiramente a clara manifestação do seu poder sinão quando, negado ou ameaçado, recebe da autoridade judiciaria a solemne declaração de sua existencia. *O fim do direito é a paz*, disse Ihering; *a luta é o meio de chegar a ella*.

E como neste livro despretencioso se estuda o direito mais nas eventualidades occurrentes na economia pratica da vida juridica do que no aspecto meramente abstracto das especulações doutrinarias, veio ao principio a nossa preferencia pelo titulo *Dynamica do Direito*.

Ainda esse, porém, se me afigurou repellido pelo adjectivo com que quatro linhas acima conscienciosamente qualificára o meu livro. Achei-o pretencioso em demasia. A série das relações de direito é infinita: onde quer que a actividade do homem se possa manifestar de harmonia com a moral e sem opposição formal ou implicita da lei, ahi fica o reflexo do seu dominio juridico na esphera da vontade livre, como disse Savigny. Mas que assombrosa immensidade de hypotheses podem ainda occorrer fóra das que aqui ficaram apenas esboçadas! Que variedade de outros

movimentos póde ainda produzir a dynamica do direito! Ide vêr, por exemplo, *nas Origens da França Contemporanea*, de Taine, na *Historia da Sciencia e dos Sabios*, de Alphonse de Candolle, nos *Novos Fundamentos da Philosophia do Direito*, de Gino Dallari, nas *Bases Economicas da Constituição Social*, de Loria, na *Vida do Direito Civil*, de Abel de Andrade, e em muitos outros livros dos modernos revolucionarios do direito, de quanto é capaz este primeiro dos agentes da civilização humana, e vereis que este livro não passa de um ponto apenas perceptivel no mappa immenso da dynamica juridica.

*Concretizações do Direito... Problemas Juridicos... O Direito em Acção...* e ainda outros, e muitos outros titulos foram passando diante da minha escolha. Mas *concretizações* seria neologismo inescusavel — não é vocabulo que figure nos lexicons da lingua portugueza. *Concreções* cabe melhor na technica medica. Nem no direito se pódem solidar materias heterogeneas, como nas concreções de que tratam as sciencias phisicas e naturaes. *Problemas Juridicos*, não: que a só idéa de problema, termo que em logica significa, na definição de Diderot, “uma questão duvidosa, ou uma proposição que parece não ser nem absolutamente verdadeira nem absolutamente falsa, mas cujo pro e cujo contra pódem ser igualmente provaveis e pódem ser sustentados com igual força”, não só não corresponderia á minha intenção, pois que cada resposta eu a dou na convicção de ser a melhor, posto que outros, mais habilitados, possam demonstrar o contrario, como poderia fazer lembrar a phrase de Le Sage: *Ce qu’il y a d’admirable dans la science des lois, c’est qu’elle fournit aux avocats des armes pour et contre*. Semsaboria só digna do *Diabo Côxo*. *O Direito em Acção* foi posto de lado porque talvez não esteja longe a publicação do meu *Direito das Acções*, e assim ficariam dous titulos facilmente confundiveis. E digo que talvez não esteja longe aquella publicação, porque tive de a prender á do *Codigo Civil Brasileiro*, e não posso crêr que a desoladora esterilidade legislativa dos nossos Congressos vá até ao ponto de sonegar por mais tempo do paiz a bem ponderada

obra de Clovis Bevilacqua, que o maravilhoso genio de Ruy Barbosa literariamente aperfeiçoou.

*Aplicações do Direito*: quasi equivale ao outro — *Dynamica do Direito* — pois que applicação e movimento são idéas correspondentes. *On définit le mouvement*, ensina Diderot, *l'APPLICATION successive d'un corps aux différentes parties de l'espace*. Aplicar, ensinam os lexicons, é pôr uma coisa sobre outra de modo que lhe fique adherente (Littré). E' tambem accommodate, apropriar, trazer a proposito do que se diz ou faz (Lacerda); justa-pôr, chegar, pôr em pratica (Domingos Vieira). Tambem significa receitar — *conhecer as enfermidades e lhes APPLICAR os remedios, como ainda accommodate as leis ás especies occurrentes, fazer applicação de textos e opiniões* (Moraes).

Diz assim Larousse: *Metre une chose en pratique, s'en servir dans les circonstances qui en exigent l'emploi: APPLIQUER une maxime, un axiome, APPLIQUER une loi, une règle, les leçons qu'on a reçues*.

Eis ahi perfeitamente definida a idéa do meu livro. Aqui se receitam remedios contra as lesões do direito; aqui se accommodate, se apropriam as regras de direito ás relações de direito; põe-se em pratica as immanencias absolutas do *jus*; fazem-se applicações de leis, maximas, brocardos e lições. As forças que, como dizem os physicos, solicitam os corpos e os põem em movimento, se exprimem por meio de fórmulas estabelecidas de maneira scientifica, as quaes se denominam equações. Na jurisprudencia é tambem assim. As nossas equações nós as encontrámos ou na regra legislativa, quer dizer, no direito positivo, ou no systema dos subsidios a que os interpretes recorrem para supprir as omissões da lei escripta, a saber — na equidade, essa mitigação de Aristoteles ou virtude correctiva de Grocio e Wolfio, mais que é antes perigoso Janus ao serviço dos pendores subjectivos dos juizes faceis — no direito impropriamente chamado natural, mas que antes devera ser chamado, como diz Edmundo Picard, o *Direito Puro*, isto é, a razão na

esphera juridica, pois que a natureza, sempre fatal e necessaria, não conhece o direito, expressão maxima da liberdade — nas maximas do direito, que do nome do bispo Burkard ficaram se chamando brocardos juridicos, os quaes, para o elegante Thiercelin, constituem *o resumo da sabedoria pratica amadurecida pelo tempo* — nos costumes, que na feliz expressão do valente autor do *Droit Pur*, são o *direito no estado cartilaginoso enquanto aguarda a sua ossificação nas leis redigidas* — na legislação dos povos civilizados, essa larga ponte que a lei humana da sympathia vai abrindo á futura universalização do direito — finalmente nos principios geraes da sciencia juridica, cujo alcorão, na religião do direito, os romanos escreveram no titulo XVII do livro L do Digesto — *de diversis regulis juris* — e que a civilização vai progressivamente enriquecendo. Pois todo o systema destas formulas ou equações juridicas tem aqui applicação em longa serie de casos occurrentes na vida pratica. Variadissimas hypotheses nas relações do direito civil, commercial, criminal, constitucional e administrativo, internacional privado, medicina legal e direito judiciario, aqui recebem solução pelas *aplicações do direito* consoante uma ou outra daquellas manifestações da mechanica juridica.

E aqui está a explicação do titulo adoptado.

---

Alguma coisa devo dizer da classificação dada aos CXXX numeros desta collecção de variadissimos trabalhos.

Podia ter-me dispensado de tão difficil tarefa.

Não se interdependendo os assumptos, bastaria que os dispuzesse, *verbi gratia*, em ordem alphabetica. Mas é que, no dizer de Picard, pag. 114, temos em nós mesmos uma necessidade de ordem que nos leva quasi invencivelmente ás classificações. Ha um pendor tão irresistivel para a ordem como incoercivel é a tendencia para o bello. Razão têm os platonicos: na ordem, que é a expressão intelligivel ou

sensível da beleza esthetica, nada é insignificante. Eis porque, por somenos que se afigurasse a distribuição, qual fizemos daquelles CXXX trabalhos, não pudemos nos furtar ao pendor de os classificar, isto é, de os pôr em ordem.

Segui determinada idéa ao dividir o livro nas sete partes que o compõem. E porque toda idéa, como diz o grande Hegel, *ist wesentlich proces*, quer dizer, é essencialmente um processo, guardei, no desdobrar daquela serie, o criterio que melhor me pareceu. Tomei a linha que mais accentuadamente se destacava de cada assumpto, e com esse processo creio me haver desempenhado da função classificadora.

Sei que haverá objecções. Nem fôra possível dellas escapar. Assim, talvez opponham que os numeros CIX — Da hermeneutica testamentaria — e CX — Da consolidação do dominio no legado de usufructo — deviam figurar, não no direito judiciario, mas no direito civil. Entretanto, me justificarei dizendo que aquellas duas *Promoções* foram lançadas em autos, *dum lis fervebat*; por ellas se defendiam direitos já contestados por adversarios *in judicio*.

Quando na mesma *Consulta* se patenteavam simultaneamente relações de direito substantivo e de direito adjectivo, como por exemplo, nos numeros XXXV, LXII, LXV e varios outros, aquella linha de criterio me afirmava na distribuição. Das duas ou mais theses comprehendidas na consulta ou promoção, qual fosse a mais interessante por seus caracteres de generalidade, tal me indicava a respectiva classificação. E desde logo o n. I — venda de bens de orfãos — porque figura no direito civil, e não no direito judiciario, si tambem ali se trata de acto judiciario? E' porque ali a these geral e dominante estava na regra material da transferencia da propriedade em hypothese singular. Mesmo fôra de qualquer idéa de litigio, imminente ou apenas possível, a venda de bens pertencentes a orfãos deve ser feita em hasta publica.

Estará mal feita a classificação? Convenho na affirmativa. Já não disse o grande Ihering (*Esp. du Dir. Rom.*, III, 24), que nada é mais difficil do que classificar correctamente? E o grande jurisconsulto accrescentou, que trabalho util seria o de escrever a historia dos erros unicamente resultantes de uma classificação falsa.

Felizmente, si ha perigos nos defeitos que Ihering assignala em classificações de outra ordem, v. g., na que puzesse um passaro entre os mammiferos, são por completo innoxios os defeitos da classificação que aqui observei.

A de mais, deixem que me apadrinhe com este conceito de um velho doutor de Salamanca, Ramon Salas, nas suas *Lições de Direito Publico e Constitucional para as escolas de Hespanha*, Lic. I: "As classificações de direito são arbitrarías: cada qual as pode formar a seu modo, bem certo de que a preferida será sempre a melhor para elle, porque é a que mais propria lhe pareceu á expressão externa do proprio pensamento".

---

Não vai *Errata* porque é coisa que ninguem lê. Limito-me a pedir ao leitor intelligente e leal que emende os erros typographicos que por ventura hajam escapado da revisão.

Os erros typographicos! E quantas vezes é peor o mandar corrigil-os. Não se lembram daquelle decreto de D. Maria I, que no *Diario Official* foi publicado com este remate: Com a rubrica de Sua Majestade a Bainha? Amuada, manda a famosa Rainha que se publicasse errata. No dia seguinte saiu isto: Com a rubrica de Sua Majestade a Tainha. — Basta! espumou Ella: que amanhã poderá sair coisa peor.

Pons de Verdun, festejado poeta francez da Convenção, teve feliz idéa no seguinte epigramma, referido por Fumagali, no curioso *Chi l'ha detto?*

Cest elle! Dieu que je suis aise!

Oui, c'est la bonne édition;

Voilà bien, pages douze et seize,

Les deux fautes d'impression

Qui ne sont pas dans la mauvaise.

Quem se pode assegurar livre desse o mais terrível dos flagellos a que a fama do escriptor anda sujeita? Até nas *Lições Práticas da Lingua Portuguesa* de Candido de Figueiredo passaram erros como este (1º vol. pag. 115): o parlamento é bom conforme *as lei* que fizer. Nas *Coisas Espantosas* do famoso Camillo se lê na pag. 30: *algum* desses criminosos *gosaram*... ao passo que na pag. 35 está isto: se a *graça e a misericórdia* de Deus me nao *acóde!* no Diccionario Moraes, vb. *Contravir*, saiu uma *viola* por um *violar*. Não lêmos todos os dias, v. g.: a Constituição nao *descreminou* convenientemente as rendas publicas... Haverá, como diria Candido de Figueiredo, mais reverenda tolice? Rendas *descreminadas*... De que delicto?

E quando os compositores dão em insistir contra a emenda do escriptor? Neste livro, mais de uma vez tirámos um dos dois *pp* daquelle *approximou* da 29ª linha da pag. 39, e lá ficaram elles tres vezes puzemos mais um *c* na *satisfação* da ultima linha da pag. 351, e não appareceu afinal. E á pag. 509 linha 20 sahiu nullidade com um só *l*, e ás pags. 78 lin. ult. e 84 lin. 2-3 saiu *resilição* em vez de *resiliação*; e á pag. 434 linha 17 dividiram assim o vocabulo *su-bstituto*... E nem sei o que mais haverá por ahi...



Elles são teimosos. Na pag. 510 tive de empregar os dous verbos afirmar e affirmar: só Deus sabe quanto me custou obter que respeitassem aquelles *ff* como estavam no original. Quasi que me matam esta das muitas bellezas da lingua portugueza. E em toda parte é assim. Tenho diante dos olhos um livro italiano, de pouco mais de 200 paginas— Raggi, *La responsabilità civile dei pubblici funzionari amministrativi* — com seis largas e cerradas paginas de correcções typographicas!

Lembro-me como si fôra hoje. Em 1889, ouvi de Zanardelli, em sessão da camara dos deputados, estas palavras, apontando um erro typographico do projecto do governo então em discussão: “As duas coisas que mais medo me fazem neste mundo, sr. Presidente, são a peste e os compositores typographicos”.

Carreguem estes com a culpa dos erros de composição por ventura aqui deixados.

*Fevereiro de 1904.*

## PRIMEIRA PARTE

---

### DIREITO CIVIL

---

#### I

— Nulla é a alienação de imóveis de menores orfãos feita fóra de hasta publica.

Perguntam si:

— E' valida a alienação de bens imóveis pertencentes a menores orfãos sem ser por hasta publica?

#### Parecer

Por varios argumentos procuraremos demonstrar que nulla é a alienação de imóveis de menores orfãos feita fóra de hasta publica. E o demonstraremos com

a lei,

a logica,

a jurisprudencia e

a legislação comparada.

#### *A lei*

Da combinação dos §§ 23, 25, 26 e 29 da Ord. L. 1º tit. 88 formalmente se deduz a prescrição da hasta publica.

Assim é que, alludindo ao *arrendamento dos bens que forem para arrendar, e á venda dos bens moveis*, aquella Ordenação, nos §§ 23 e

25, manda explicitamente que se mettam em pregão os ditos arrendamentos e bens; e nos §§ 26 e 29, em que trata da venda de bens de raiz, depois de dizer no § 26 que esses taes *não se possam vender sinão por tal necessidade que se não possa escusar*, no § 29 prescreve o seguinte:

“E mandamos que os tutores e curadores não comprem por si nem por outrem bens moveis *nem de raiz* das pessoas cujos tutores e curadores forem... E posto que se vendam por mandado de justiça *publicamente em pregão*, não lhes poderão os juizes dar licença para os comprarem.”

Portanto, a lei exige essencialmente a hasta publica para a venda de immoveis pertencentes a orfãos.

Sei que costumam replicar que a Ord. só é explicita quanto á exigencia da hasta publica na venda dos moveis e no arrendamento dos immoveis — donde, *a contrario sensu*, a hasta publica não é essencial na venda dos immoveis; e diz-se que a hasta publica se não exige na venda dos immoveis porque, para garantia de tal venda, basta a escriptura publica.

Não procede por completo a replica: a) não só porque, como se viu, explicito é o citado § 29 *in verbis* — *não obstante os bens moveis E DE RAIZ se venderem sob pregão publico...* b) como porque, como se vai vêr, a logica, em cerrada serie de argumentos, irresistivelmente desfaz tão fraca objecção.

### *A logica*

Si a venda dos moveis ou o arrendamento dos immoveis só em hasta publica se pode fazer, é ou não irresistivelmente logico que *a fortiori* só em hasta publica se vendam os immoveis?

Si a razão da exigencia da hasta publica, quer para o arrendamento dos immoveis, quer para a venda dos moveis, não pode ser outra sinão a que vem expressa nos §§ 23 e 25 — arrendar ou vender A QUEM MAIS DER, não salta aos olhos que, devendo os immoveis

também ser vendidos, *a quem mais der por elles*, e só a esse, torna-se essencial a hasta publica, unico meio de estimular a procura e, portanto, de elevar o preço? E que nem sempre se obtenha este resultado por falta de licitantes: salva-se a razão da lei e o interesse do orfam: o arrematante foi quem mais deu.

Si esta razão da lei, consultando o interesse economico dos orfãos, descansou na hasta publica porque só esta pode sempre evitar conluio entre o tutor e terceiro, não seria grosseiro absurdo dispensal-a na alienação de immoveis para só exigil-a no arrendamento destes e na venda dos moveis, quando o conluio no primeiro dos tres casos ha em regra de ser mais prejudicial?

Si no corpo das nossas leis a cada passo topamos com disposições privilegiadamente protectoras dos bens de raiz, chegando as Ords. do L. 1º tit. 88 § 28 e L. 3º tit. 48 § 2º a prohibirem ao emancipado com supplemento de idade, ou ao que casa de 20 annos, alienar ou hypothecar immoveis sem consentimento do juiz, sob pena de nulidade do acto, como sustentar ainda que a lei protege mais cuidadosamente a venda dos moveis de orfãos do que a dos immoveis?

E allegar que a escriptura publica, essencial á venda dos immoveis, é garantia de tal ordem que suppre a hasta publica, que será sinão derrocar a pura logica, como acima se viu derrocado o mechanismo do direito? Sim — que em tal allegação não se faz mais do que confundir o modo juridico da constituição do acto com a sua fórmula. Aquelle, na hypothese vertente, só pode ser a hasta publica; esta, portanto, só póde ser o auto de arrematação. Si no primeiro não se observou o molde legal, qualquer que seja a segunda, não salva a nullidade do acto. *Quae lege fieri prohibentur si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur* — tal é a lei romana, que da const. 5ª *de legibus*, passou para as nossas Ords. I, 66 § 29, 78 § 14, II, 45 § 38, III, 75 pr., e outras.

### *A opinião dos jurisconsultos*

Quanto a autoridades, muitas são as que vemos do nosso lado, e das melhores.

Assim:

Phebo, P. 2 arest. 66;

Pereira e Souza, *Prim. Lin. sobre o Proc. Civ.*, N. 847;

Pereira de Carvalho, *Prim. Lin. Orphan.*, annot. de Didimo Junior, vol. 2º pag. 36;

Teixeira de Freitas, *Consol. das Leis Civ.*, nt. 6 ao art. 288, onde o maior dos jurisconsultos brasileiros se exprime com a lucida nitidez da sua obra prima; "*Si os moveis dos orfãos devem ser vendidos em hasta publica, ESTÁ CLARO que os immoveis não devem ser vendidos de outra maneira*";

Lafayette, *Dir. de Fam.*, § 153 nt. 4 á pag. 314, *ibi*: "*A Ord. não é expressa a respeito da venda em leilão; mas si ella requer que os moveis sejam vendidos em praça, o mesmo com maioria de razão deve entender-se a respeito dos irnmoveis*";

Olegario, *Prat. das Correições*, p. 389-390, sobre o art. 32 do Dec. de 2 de Outubro de 1851;

Menezes, *Juizos Divisorios*, n. 97 pag. 243;

Camargo, *Menores e Interd.*, pag. 85; e finalmente,

Felicio dos Santos, *Proj. Cod. Civ. Bras.* art. 861; *Com. ao Proj.*, *ibid.*, onde o eximio civilista chega a dizer: *Não se concebe que possa occorrer necessidade urgente de fazer-se a venda sem ser em praça.*

Mais, é escusado; melhor, impossível.

### *A jurisprudencia*

E' certo haver o Tribunal de Justiça, na appellação n. 2187, de Sorocaba (*Gazeta Juridica de S. Paulo*, III, 58), fornecido argumentos aos que sustentam a these contraria.

Mas: 1º) aquelle accordam é unico, e conforme velho brocardo, não faz jurisprudencia; 2º) e confirmando a sentença que annullára a venda ahi em questão, o accordam explicitamente se referiu á circumstancia de terem mediado dous annos entre o alvará do juiz e a escriptura de venda, *e como a autorização do juiz se devia fundar em necessidade irrecusavel da parte dos interesses do orpham conforme a Ord. Liv. 1º tit. 88 § 25, em razões e circumstancias da ocasião, tal autorização caducou ou perdeu sua força juridica pelo longo prazo que decorreu de sua data para a da escriptura de venda*. E nada mais consta do accordam; nem a mais leve allusão ao outro fundamento da sentença da 1ª instancia, que annullára a venda tambem porque havia sido feita fóra da hasta publica. Demais, si bastara um motivo para annullar a venda, não havia necessidade de produzir outro.

E' tambem certo haver, em contrario, o parecer do meu doutissimo collega Desembargador Aureliano Coutinho, inserto na referida *Gazeta*, vol. 5º pag. 174.

Tambem não nos demove a força de tão grave autoridade: 1º, porque contra o seu, formigam pareceres em contrario; 2º, porque assenta elle inteiramente sobre um falso supposto: que é costume entre nós a dispensa da hasta publica para a venda de immoveis pertencentes a orfãos. E posto que S. Ex. invoque a praxe da sua propria judicatura, asseguramos que o costume é precisamente o contrario, podendo nós mesmo oppôr a nossa pratica de quatro annos 1878-1882) como Curador Geral da 1ª vara de orfãos do Rio de Janeiro, pela qual, naquelle periodo, perante juizes do valor do Marquez de Paranaguá, Theodoro Machado,

Bento Lisboa, passaram seguramente duzentas alienações feitas em praça, mas nenhuma por simples escriptura.

Nesta comarca, tão rigorosamente se observa aquelle preceito, que ainda no anno corrente, no inventario do Dr. Samuel Eduardo da Costa Mesquita (juiz, Dr. Clementino, escrivão, Diniz), tendo apparecido uma offerta de 28 contos de réis por parte de uma propriedade avaliada em 13, não consentiu o juiz que se fizesse a venda fóra de hasta publica. E esta se fez (11 de Julho de 1894).

E esta jurisprudencia está apoiada em muitos accordãos constantes de nossas revistas.

Por exemplo:

Acc. da Rel. da Fortaleza, de 11 de Março de 1879 (*O Direito*, XIX, 160);

Acc. do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Setembro de 1878 (*id.*, XVII, 719).

### *A legislação comparada*

Finalmente, si recorrermos á legislação estrangeira, como valioso elemento de interpretação, veremos nos codigos dos paizes, que por sua civilização, mais se approximam do nosso, a nossa these positivamente escripta.

Por exemplo:

Cod. Proc. Civil francez, art. 957;

Idem italiano, art. 829;

Cod. Civil hespanhol, art. 272;

Cod. Proc. Civ. portuguez, art. 758 e § unico.

Eis ahi:

a lei, em sua letra e espirito,

a logica, em suas imposições rudimentares,

a lição dos doutores,

a jurisprudencia, *pois assim sempre se entendeu em nossos Tribunaes Superiores*, segundo a expressão do sr. ministro Oliveira Ribeiro no accordam que se lê na *Gazeta Juridica*, vol. 3º pag. 58,

a legislação dos povos cultos — tudo converge na demonstração da nossa these:

*Bens de orfãos só em hasta publica podem ser vendidos.*

E porque, segundo direito, a inobservancia das solemnidades que a lei exige como constitutivas do proprio acto importa a nullidade do mesmo acto, nulla é a venda que se faça por simples escriptura. *Aquelles bens vendendo-se de outra maneira, a venda seja nenhuma* — diz a Ord. Liv. I tit. 88 § 26.

E era isto o que principalmente queríamos demonstrar.

Eis o nosso parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, Novembro de 1894.*

## II

1º) A prohibição legal de venda de bens feita de pais ou avós a filhos ou netos cessa desde que o contracto se faz por autoridade do juizo.

2º) Neste caso está a venda feita a filho, em hasta publica, a requerimento do pai e com supprimento judicial da outorga da mulher incapaz.



A., casado com B., interdicta, pediu do Juiz supprimento da outorga de sua mulher para o fim de vender um sitio a um filho do casal.

O Juiz, ouvido o Curador Geral dos orfãos, consentiu na venda, em hasta publica.

Levada a propriedade á praça, foi arrematada pelo filho.

Pergunta-se:

E' valido esse negocio?

### Resposta

A Ord. Liv. 4º tit. 12, prohibindo vendas de pais ou avós a filhos ou netos, ou outros descendentes, teve por fim como está expresso no preambulo, *evitar muitos enganos e demandas, que se causam e podem causar de taes vendas: — ad vitandas fraudes, quoe fieri solent in proejudicium aliorum filiorum* — como diz Silva á cit. Ord., n. 31.

Ora, como é obvio, e dizem-no o cit. Silva, n. 30, Borges Carneiro, Dir. Civ., 2º vol. § 183 n. 11, á pag. 216, e outros, cessa a prohibição da lei quando se trata de *venda necessaria, feita por mandado judicial*, pois em tal caso tambem cessa a suspeita de fraude. — *Quoe ex necessitate fiunt, non dicuntur fieri in fraudem* — Barbosa, *ad rubr. h. Ord.* n. 9.

Portanto, em vista do processado na carta de arrematação junta, sou de parecer que valido é o acto de que se trata.

Salvo melhor juizo.

### I

1º) O herdeiro que, por adiantamento de legitima, recebeu escravos, não está obrigado a trazer o respectivo valor á collação.

2º) Nem altera esta solução o facto de haver passado documento por esse valor.

### **Consulta**

Alvaro e Maria, todas as vezes que faziam casar seus filhos, dotavam-os com vinte contos de réis em dinheiro, escravos ou em bens de raiz, á escolha dos filhos. Fallecendo Alvaro, em seu inventario fizeram estes collação de metade. Maria ainda fez a mesma dotação a seus filhos, que se casaram em sua viuvez.

Quando appareceu a lei de 23 de Setembro de 1885, nº 3270, fixando valor aos escravos, Maria fez seus filhos passarem documentos pela importancia dos mesmos por seus valores.

Pergunta-se:

1º) Os herdeiros que receberam escravos antes do 1º Inventario e que nelle collaram metade de seus valores, são obrigados a collarem no 2º a outra metade?

2º) Os que posteriormente passaram documentos pelos valores dados pela lei, são obrigados a fazer a collação?

### **Resposta**

Discriminados em duas classes os bens em questão, a saber:

- a) dinheiro e bens de raiz, e
- b) escravos,

fóra de duvida é, quanto aos da primeira classe, que regularmente procederam os donatarios trazendo á collação, por morte de Alvaro, metade do respectivo valor, e estão obrigados a trazer agora, no inventario de Maria, a outra metade.

Tal é a disposição expressa da Ord. Liv. 4º tit. 97 § 1º, consoante a razão basica das collações, isto é, a necessidade de igualar as legitimas; tanto assim, que no sentimento geral dos DD., as doações e

dotes feitos pelos pais aos filhos sempre se presumem constituídos sob a condição tacita de virem á collação por morte do doador ou do dotador — Vallasco, *de Partion.*, c. 13 n. 12.

Mas quanto aos escravos, objecto principal da consulta, a resposta negativa é a unica que se me afigura juridica. Nem os herdeiros que receberam escravos antes do primeiro inventario e neste conferiram metade dos respectivos valores, estão obrigados a conferir no segundo a outra metade, nem os que posteriormente passaram os documentos a que se allude na proposta, estão hoje obrigados a conferir valor algum relativo á abolida propriedade escrava.

Expressa é a lei em obrigar á collação sómente os bens que o filho ou neto *assim tiver em seu poder* — Ord. cit. *in princ.* E a razão é, como se exprime Ramalho, conforme todos os escriptores, que, feita a collação, entende-se que os bens conferidos voltam ao patrimonio do *de cujus* (*Inst. Orphan.*, § 107 nt. 720). Na phrase de Arndts, *Pandect.*, § 528, trad. de Serafini, os bens vêm á collação *quasi come facessero parte dell'eredità*.

“La COLLATIO DOTIS, ensina o profundo Maynz, avait pour objet ce dont le patrimoine de la fille se trouvait augmenté AU MOMENT DU DÉCÈS PAR SUITE DE LA CONSTITUTION DE DOT FAITE EN SA FAVEUR”. — Dr. Rom., § 488.

E' verdade que si o filho já não possuir os bens dotados, não se segue em todos os casos que nada tenha obrigação de conferir — *Consol. das Leis Civ.*, nt. ao art. 1206. Assim, si o filho alienou, ou deixou perecer por culpa sua os bens dotados, deve conferir os respectivos valores, observadas as regras do arts. 1214 a 1216 da cit. *Consolidação*, sobre §§ 13 e 15 da Ord. cit.

Mas não póde soffrer duvida a nenhuma obrigação dos donatarios de escravos de conferirem o valor porque os receberam. Abolindo a escravidão, a lei de 13 de Maio de 1888 apagou, supprimiu, riscou toda e qualquer relação de direito que se originara da negregada

propriedade servil. Hoje não póde existir obrigação alguma que tenha ou tivesse por procedencia ou por objecto coisa que se refira a escravos. O direito não póde reconhecer effeito algum de uma instituição abolida. — Vid. Savigny, *Dr. Rom.* §§, 398 e 400. Portanto, os escravos de que se trata, hoje suppostos nunca como taes existentes, não representam valor absolutamente algum com que se possa, pela ficção do direito a que acima se alludiu, augmentar o acervo ora inventariando. A igualdade das legitimas dos filhos de Alvaro e de Maria permanece real independentemente da computação do ex-valor dos ex-escravos. *Non proestat impedimentum quod de jure non sortitur effectum.*

Esta é a lição tirada da sabedoria do direito racional.

Mas mesmo sobre a hypothese, o direito positivo offerece regras geraes incontrastaveis.

“Os bens sujeitos a collação, ensina o citado Arndts, § 530, devem se conferir sómente emquanto, quem os recebeu, delles tira vantagem actualmente, salvo si a deterioração dos mesmos provem de culpa sua”. Vide ainda Windscheid, § 610 nt. 24.

“Conforme com os principios geraes, assim se exprime Maynz (§ 488), o herdeiro adstricto á collação não está obrigado pela perda ou deteriorações causadas por caso fortuito.”

E’ a disposição expressa do fr. 2 § 2º de *collat. bonor.* (XXXVII, 6): *Et plerique putant ea quoe sine dolo et culpa perierint, ad collationis onus non pertinere.*

---

Em conclusão, portanto, a negativa absoluta aos dous quesitos propostos, é, repetimos, aunica solução juridica.

Salvo melhor juizo.

*Maio, 1892.*

#### IV

São hoje inadmissíveis os pactos de *non succedendo*.

Maria fez, por escriptura publica, renuncia da futura herança materna.

Mas seu marido não interveiu no acto.

Vale a renuncia, feita assim por mulher casada sem o consentimento expresso do marido?

---

Os pactos de *non succedendo*, previstos na Ord. L. 4º tit. 70 § 4, valiam quando confirmados por juramento segundo Direito Canonico; mas como a Ord. do mesmo Liv., tit. 73, prohibia que se fizessem contractos sob juramento promissorio ou bôa fé — e assim se prohibia para que as demandas, que de taes contractos pudessem provir, não fossem, por causa do juramento, parar no fôro ecclesiastico (Moraes, *de Exec.*, liv. 2º cap. XIX n. 28) — preciso se fazia que houvesse dispensa do juramento.

Ora, só o Desembargo do Paço tinha autoridade para tanto.

Mas como não ha hoje autoridade que substitua aquelle tribunal nas funcções que lhe eram peculiares, a conclusão é que taes contractos são inadmissíveis no direito actual.

A renuncia que uma filha fizesse da futura herança materna seria um pacto de *não succeder*.

Sendo, portanto, nulla, escusado é saber si vale ou não porque o marido da renunciante deu ou não o seu consentimento

E' o meu parecer.

*Rio, Dezembro da 1882.*

## V

— Os filhos adulterinos ficam legitimados com o casamento subsequente dos pais.

Pedro, casado com Paula, teve, na constancia do casamento, uma filha com Maria.

Fallecendo Paula, Pedro casou-se com Maria.

Pergunta-se:

Este casamento legitimou aquella filha?

---

O objecto da consulta é ponto dos mais controvertidos no direito patrio.

A Ord. L. 2 tit. 35 § 12 refere-se evidentemente ao direito canonico, em que está disposto — que tamanha é a força do sacramento, que os filhos gerados antes de contrahido o matrimonio de seus paes, depois d'elle são reputados legitimos — Cap. 6º X *Qui filii sint legitimi*.

Por muito tempo entendeu-se que esta Decretal excluia os filhos espurios, e especificadamente os adulterinos. Mas Bohemero, interpretando as actas do Concilio de Latrão, da qual a Decretal de Alexandre III é transumpto, convenceu que tal não é o sentido do texto, e que o Pontifice limitou-se a declarar — que permaneciam espurios os filhos nascidos de pessoas, que não puderam (*non potuerunt*) contrahir casamento valido, como eram então os que haviam commettido adulterio, sobretudo se accrescia o impedimento *criminis* — Merlin, *Rép.*, vb. *Légitimation*, sec. 2ª § 2º ns. 7 e 8.

Dispensando, porém, o impedimento, e seguindo-se um casamento valido ficam legitimados os filhos havidos anteriormente — Stryk, *Us. mod* L. 1 tit. 6º n. 12 — Riegger, *Jur. Eccl.* P. 4º § 197 — Mello Freire, L.

2 tit. 5 § 16 nota — Borges Carneiro, § 203 — Coelho da Rocha, § 296 — Perdigão Malheiros, *Com. á L. de 2 de Setembro de 1847*, pag. 61 e 62.

Si é pela força do sacramento — *tanta est vis sacramento* — que se opera a legitimação, como limitar a graça aos filhos simplesmente naturaes?

No casamento putativo, que é o aparentemente valido, e realmente nullo por ter sido contrahido com impedimento ignorado por um ou ambos os conjuges, os filhos são legitimos, o que se admittiu em favor delles, por serem innocentes. Mas si a união peccaminosa dos pais, fóra do matrimonio, é sanctificada em todo caso pelo casamento subsequente, porque tornar indelevel a macula na pessoa dos filhos, que nenhuma culpa tiveram?

Accresce que, si a legitimação dos filhos de qualquer especie fosse o resultado legal do casamento posterior de seus pais, por este interesse ao menos se tornaria mais frequente a sanctificação das uniões illegitimas com manifesto proveito da moralidade publica.

Finalmente ás conveniencias da familia é repugnante, como adverte Dupin, a desigualdade do parentesco entre filhos dos mesmos pais, uns completamente legitimos, outros espurios para sempre.

E' certo que a Ord. L. 2º tit. 35 § 12 estabelece uma limitação nas palavras — comtanto que esse filho fosse tal, que com direito pudesse ser legitimado por seguinte matrimonio. Mas não podia ser intenção do legislador consagrar um erro, excluindo o progresso da doutrina sobre a intelligencia das fontes a que fez remissão, e que systematicamente preferia como direito subsidiario nas *materias que trazem peccado* — Ord. L. 3 tit. 64 pr. Demais, salva-se a letra da lei, que aliás trata de caso especial, sendo de advertir que a Ord. cogita precisamente da hypothese da Decretal de Alexandre III, isto é, de se contrahir o casamento sem dispensa dos impedimentos existentes.

A legislação comparada confirma a nossa these, pois que, nos paizes onde o matrimonio subsequente não legitima a prole adulterina anterior, expressa é a exclusão. Assim diz o art. 331 Cod. civ. francez: *Les enfants nés hors mariage, AUTRES QUE CEUX NÉS D'UN COMMERCE INCESTUEUX OU ADULTERIN, pourront être légitimés par le mariage subsequent de leur père et mère...*

Assim ainda no Cod. civ. italiano, cujo art. 195: — *Non possono essere legittimati per susseguente matrimonio i figli che non possono essere legalmente riconosciuti* — faz referencia ao art. 180 que expressamente exclue da possibilidade de reconhecimento os filhos adulterinos.

Na Allemanha não é uniforme a legislação, de modo que, onde domina a regra do direito francez, que era a do direito romano, a exclusão está expressamente consignada na lei; e onde a exclusão ou a inclusão não é geral ou indistincta, as excepções figuram explicitamente. Assim no Sleswig-Holstein sómente os rusticos podem ser reconhecidos; pelo *Lands-recht* bavaro, só os *liberi-naturales*.<sup>1</sup>

Na Russia, são excluidos os adulterinos.

No Chile, disse-o expressamente o art. 205 do Cod. civ.: *Los hijos concebidos en adulterio no pueden ser legittimados por el matrimonio posterior de los padres, aunque el uno de éstos haya ignorado al tiempo de la concepcion el matrimonio del otro.*

Na Inglaterra, os filhos illegitimos em geral não são legitimaveis *by subsequent marriage*; nem, a respeito dos filhos, produz effeitos mesmo o casamento putativo.

Em Portugal, onde parecia dominar a regra do direito romano, entenderam os autores do Projecto do Codigo civil que havia necessidade

---

<sup>1</sup> O Cod. civ. allemão ora em vigor seguiu a doutrina liberal do direito canonico — art. 1719 Vid. a nota de Meulenaere á rub. do tit. VII desta parte do Cod. — Paris, 1897.



de fazer explicita a exclusão dos adulterinos, exclusão aprovada pela comissão revisora, em sessão de 10 de Junho de 1860. Felizmente, vingaram afinal as emendas dos srs. Ferrer e Marreca, *segundo os usos e costumes do povo portuguez*, no dizer de Dias Ferreira, 1º vol. pag. 157, e a regra do direito canonico ficou implantada no art. 119

Em conclusão, somos de parecer, que a filha adulterina de Pedro fica legitimada com o casamento subsequente de seus pais.<sup>1</sup>

*Rio, 1877.*

## VI

— O sobrinho, filho de um sobrinho que falleceu antes do tio, não concorre á herança deste si ficaram irmãos e sobrinhos filhos de irmãos.

Pergunta-se:

1º) O sobrinho, filho de um sobrinho que morreu antes do tio, concorre á herança deste com os irmãos e sobrinhos do inventariado?

2º) Si não concorre, que meio têm os herdeiros de excluí-lo do inventario?

### Respondo:

1º) A negativa não parece susceptível de duvida.

Expressa é a Nov. 118 cap. 3º: sómente aos filhos de irmãos se confere o direito de representação. *Hujusmodi vero privilegium in hoc ordine cognationis* (da successão dos collateraes) *solis proebemus fratrum masculorum et faeminarum filiis aut filiabus, ut suorum parentum jura succedant.*

---

<sup>1</sup> Este ponto, sempre dos mais controvertidos no direito civil, teve, no art. 56 § 1º do Dec. do Governo provisório de 24 de Janeiro de 1890, solução opposta á que seguimos no parecer supra. Foi lamentavel retrocessão, só explicavel pela circumstancia de ser o autor daquelle decreto um dos mais aferrados romanistas.

Quer isto dizer, que dos sobrinhos em diante, os quaes *per stirpes* concorrem com os tios, sendo que estes concorrem *per capita*, os parentes em grau mais remoto são excluidos pelos que estão em grau mais proximo do *de cujus*.

Tal é a regra do nosso direito successorio — Ords. IV, 96 pr. *in verb.*: *E fallecendo sem testamento, dará partilha aos parentes mais chegados...*; IV, 100 § 2º; Ass. de 16 de Fevereiro de 1786, sobre o 2º quesito; *Consolidação das Leis Civis*, art. 980; Coelho da Rocha, § 343, sobre Guerreiro, Tr. 2º Liv. 4º cap. I n. 40, que explicitamente se refere á hypothese da consulta, negando o direito de representação aos filhos dos sobrinhos; Maynz, *Dr. Rom.*, vol. 3º § 461 pag. 291 n. 2º — regra expressa na citada Nov., § 1º. Mas si o defuncto não deixou nem irmãos nem filhos de irmãos, chamamos em seguida á herança todos os parentes collateraes, segundo a prerogativa de cada grau, de maneira que os mais proximos em grau sejam preferidos aos outros.

Portanto, o sobrinho, filho de um sobrinho que morreu antes do tio, não concorre á herança desde que ficaram irmãos e sobrinhos filhos de irmãos do inventariado.

2º) Contestar-lhe a qualidade hereditaria si por ventura o juiz do inventario o admittir; appellando, si a sentença de partilha o contemplar afinal.

*Abril de 99.*

## VII

— O que é binuba

— Seus direitos sobre os bens dos filhos.

— Interpretação do art. 94 do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1800.

### Proposta

Maria casou-se em primeiras nupcias com Antonio, de quem teve filhos, e em segundas com Ignacio, de quem teve uma filha. Fallecendo Ignacio, Maria não mais se casou, e por ocasião de se inventariarem os bens do acervo, foi privada da tutela de sua ultima filha.

Pergunta-se:

1º) Estando Maria até hoje viuva de seu segundo marido, é ella binuba nos termos do art. 94 do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890?

2º) Sendo binuba, está sómente privada de administrar os bens de sua ultima filha ou tambem lhe são vedados os direitos sobre a pessoa e usufructo?

3º) Caso assista algum direito a Maria, qual o meio mais proprio para rehavel-o do respectivo tutor dativo?

### Resposta

1º) A simples leitura do cap. X — *Da dissolução do casamento* — do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, posto que nos deixe má impressão de não conter a melhor doutrina, já porque figura um caso em que se tolhe ás mães o natural direito de tutelarem os bens dos filhos, já porque ainda mantém o velho e estúpido odio ás segundas e mais nupcias, ancianidade romana, que a Nov. 22 cap. 44, em franca opposição á lei genesica da fecundidade honesta, condensou na phrase *si in viduitatem servaverit* — leva-nos a dar resposta affirmativa ao 1º quesito: Maria é a binuba de que cogita o art. 94 daquelle capitulo.

Eis aqui a demonstração logica deste asserto: Dispõe o art. 93 que, por morte de um dos conjuges, se procederá, a respeito dos filhos, na conformidade do direito civil; e o art. 94 que, si o conjugue premorto fôr

o marido, e a viuva não fôr binuba (isto é, si o finado tiver sido o seu primeiro marido), lhe succederá ella, emquanto se conservar na viuvez, nos direitos que o premorto exercia sobre a pessoa e bens dos filhos menores. Mas, accrescenta este artigo, si fôr binuba (isto é, si o conjuge ora morto tiver sido o seu segundo marido), não será admittida a administrar os bens delles nem como tutora ou curadora.

O sentido da lei está, pois, decorrendo obviamente da sua letra. A viuva é tutora dos filhos, como já dispunha a Ord. IV, 102, 3, emquanto nesse estado se mantem; recasando, perde, por morte do segundo marido, o direito de ser tutora dos filhos do segundo leito. Aqui está o que diz a lei, sem duvida sob a impressão da desvantagem que haveria em fazel-a tutora dos ultimos e impedir que o fosse dos primeiros.

Mais natural e logico fôra que as segundas nupcias não lhe tolhessem a tutela dos primeiros filhos para que a binubez não tivesse de importar tão duro resultado. Mas *de jure constituto* a regra é aquella, mais positivamente inserida nos arts. 2114 e 2115 do *Projecto do Cod. Civ.* de Coelho Rodrigues, o qual, como é notorio, foi o autor do Dec. n. 181 de 1890.

2º) O citado art. 94 sómente exclúe a binuba da administração dos bens dos filhos menores.

Portanto, em tudo o mais mantem ella os seus direitos na conformidade das leis civis. *Unius inclusio, alterius exclusio*.

3º) Si o tutor dos filhos, dando por ventura interpretação diversa áquella disposição, lhe usurpa algum dos direitos que a lei não tirou, terá ella contra elle acção ordinaria.

E' este o meu parecer, que sujeito a melhor.

*S. Paulo, 19 de Novembro 1899.*

## VIII

— Nulla é a escriptura pela qual marido divorciado se obriga a viver com a concubina, a manter sua prole, e a legalizar o concubinato quando possível fôr.

— Os filhos de divorciado com a concubina podem ser havidos como adulterinos, não legitimaveis.

### Proposta

Pedro, divorciado de Maria, fez passar escriptura publica obrigando-se a manter a sua concubina Anna, e a legitimar a prole quando possível fôr.

Pergunta-se:

1º — Vale similhante escriptura?

2º — *Quid juris* quanto aos filhos de Pedro: os do casamento e os do concubinato?

### Resposta

A consulta, por sua novidade, daria largo espaço a interessante dissertação, si a encarassemos no direito a constituir, isto é, no ponto de vista das mais adiantadas aspirações das modernas escolas reformistas do velho direito civil.

— O divorcio deve importar na dissolução do vinculo matrimonial?

— Na simples separação *quoad thorum et cohabitationem* se deve manter a fidelidade conjugal?

— Nessa condição, o concubinato será uma relação immoral?

— Quaes os effeitos juridicos, já em relação aos concubinados, já aos filhos do matrimonio anterior, já aos provindos do concubinato?

Eis ahi uma serie de questões interessantissimas, dominadas todas por esta, que o direito positivo de paiz algum resolve, porque a respectiva solução pode variar de hora em hora, como varia o vento: que é a moral? qual o juiz ou tribunal competente para decidir os recursos interpostos da pretendida justiça ou injustiça das sentenças proferidas pela denominada opinião ou fama publica?

Mas a consulta deve ser encarada no quadro do nosso direito positivo, pois a pergunta é inilludível: Vale a escriptura publica pela qual o marido divorciado se obriga manter a concubina e a prole, e até a legalizar o concubinato quando possivel fôr?

Neste terreno, e sendo certo que entre nós o divorcio não dissolve o casamento — Dec. n. 181 de 1890, art. 88 — qualquer que possa ser a qualificação que a opinião publica dê á união entre Pedro e Anna — questão toda arbitraria, movel como as ondas do mar, na phrase do insigne encyclopedista italiano Filomusi Guelfi — respondo que nenhum effeito juridico poderá produzir similhante escriptura. Haverá ali, quando muito, uma especie das obrigações naturaes do direito romano, as quaes se discriminavam das civis ou coactivas precisamente em não serem judicialmente exigiveis, *id est*, em não serem obrigações.

Quanto á prole, os filhos vindos do casamento continuarão juridicamente alheios a qualquer laço com Anna; os do concubinato (ou melhor, da mancebia, pois o concubinato é o estado de homem e mulher não casados, mas que poderiam se casar — Dalloz, *Répert.*, vb. *Concubinatus*), serão filhos illegitimos, e segundo os mais rigoristas, adulterinos, não legitimaveis nem pelo subsequente matrimonio — Lafayette, *Dir. de Fam.*, Nt. XI; Dec. n. 181, art. 56 § 1º.

### Portanto

1º — Incapaz de produzir effeitos juridicos, tenho como nulla a escriptura de que se trata — arg. do fr. 182 *de Reg. Juris*.

2º — Já respondido.

*Maio, 96*

## IX

Vale a clausula pela qual, em contracto antenupcial, o esposo estabelece a communhão para o caso em que venha a fallecer primeira que a esposa.

Em escriptura ante-nupcial estipularam os esposos o seguinte:

1º Serão incommunicaveis os bens presentes e futuros de cada um dos contrahentes si do casamento não houver filhos; 2º si o contrahente esposo fallecer primeiro que a contrahente esposa, os bens serão communicaveis, embora não sobrevenha filho algum do casal.

O tabellião recusa-se a consignar a segunda clausula, fundado na lição de Lafayette, *Direitos de Familia*, § 54 n. 3, vendo ali um pacto successorio prohibido.

Pergunta-se:

Procede a duvida do tabellião?

\_\_\_\_\_

Penso que a duvida não procede.

Sei que Lafayette é daquelle parecer, que elle procura justificar desenvolvidamente na nota IV no fim dos *Direitos de Familia*. Entretanto, melhor de seguir me parece o emerito Teixeira de Freitas no art. 354 da *Consolidação das Leis Civis*.

Tendo dito no art. 353 que são nullos todos os pactos successorios para succeder ou não succeder, ou sejam entre aquelles que esperam ser herdeiros ou com a propria pessoa de cuja herança se trata, diz no citado art. 354 que tal disposição *não é applicavel aos pactos e condições matrimoniaes sobre a successão reciproca dos esposos*.

Tal é effectivamente a disposição da Lei de 17 de Agosto de 1761 § 8º nas palavras — possam estipular com seus respectivos esposos assim para a vida como para a *morte* as reservas e condições que lhes parecer — disposição que, acrescenta Teixeira de Freitas, além de generica, se harmoniza com a latitude da Ord. Liv. 4º tit. 46 pr.

Regra rudimentar da hermeneutica juridica justifica plenamente esta doutrina. Devendo as leis ser interpretadas umas pelas outras de modo que resulte, no dizer de Savigny, a unidade scientifica da legislação nacional, regra invariavel é que as leis não se podem suppôr antinomicas ou contradictorias: são sempre conciliaveis. Isto posto, para resolver qualquer antinomia que possivelmente surja do seio de duas disposições aparentemente antinomicas, tem a hermeneutica, entre outras regras, firmado a seguinte: que a lei ou disposição especial revoga a geral em contrario. O objecto especial de um texto nunca está subordinado ao da lei geral — Saredo, *Trat. delle leggi*, n. 616.

Ora, a Ord. L. 4º tit. 70, prohibindo os pactos successorios, firmou uma regra geral, principio commum do direito das successões. Mas as Ords. L. 4º tit. 46, tit. 95 § 3º e tit. 96 § 4º, dispondo *especialmente* sobre contractos antenupciaes, firmaram a regra segundo a qual *se devem guardar os pactos que os esposos entre si ajustarem*. Para differentes relações de direito, regras differentes de direito. E tanto é certo, diz Lobão (*Notas a Mello*, liv. 2º tit. 9 § 25 n. 2 — ed. de 1836, vol. 2º pag. 510), que a nossa legislação estava longe de reprovar os pactos da natureza do de que ora se trata, que a citada L. de 17 de Agosto de 1761 dispôz do modo acima transcripto. Portanto, a regra dos §§ 3º e 4º da Ord, L. 4º tit. 70 absolutamente não influe na outra regra da Ord. L. 4º tit. 46.

Penso, pois, que valido é aquelle pacto constante da minuta junta, e apezar de não ser reciproco. “E isto ainda que os taes pactos não sejam igualmente reciprocos, e vantajosos entre os esposos, mas



desiguaes e menos vantajosos a algum delles. *Strych., de Succes. ab intest.*, diss. 9, cap. 5 § 21"; cit. Lobão, pag. 509.

Este é o meu parecer, fundado nos autores citados pelo dito Lobão, todos de autoridade inatacavel, como Strykio, Voetio, Boehmero, Struvio, Guerreiro, Fragoso e outros, em Coelho da Rocha, § 721 e, sobretudo no nosso grande Teixeira de Freitas.

19 de Maio de 1903.

## X

— No systema legal da communhão de bens, tudo quanto, de futuro, qualquer dos conjuges adquire, por qualquer titulo, entra na communhão.

Esta aquisição é perfeita e desde logo definitiva: assim, dissolvida a communhão pela morte de um dos conjuges, continúa o sobrevivente na propriedade da metade do patrimonio conjugal.

Nas segundas nupcias, ainda que haja filhos do primeiro leito, communicam-se os bens presentes e futuros dos conjuges, da mesma forma e nos mesmos termos que no primeiro matrimonio.

## Parecer

Pondo em ordem de successão, e resumidamente, as relações de facto quaes se figuram nas duas propostas que, sobre a especie da consulta, me foram presentes, e lida a escriptura de doação a que ali se faz referencia, fica apurado:

I. Que não obstante se dizer na dita escriptura que o Dr. Caetano e sua mulher D. Maria Paulina *dotavam* sua filha Ambrosina, casada com Manoel Pedro, com a quantia de 40:000\$000, dote não pode similhante acto ser considerado, entre outras razões, por esta, só por si inilludivel — ter sido celebrado, não *ante*, mas *post nuptias*.

II. Que como pura doação que era, não lhe estando caudada a clausula de incommunicabilidade, entrou no patrimonio do casal da

donataria, pois que o seu casamento foi feito segundo o regimen da communhão geral de bens.

III. Que tanto assim é, que tendo fallecido a donataria Ambrosina, entre seu viuvo e Evangelina, filha do casal, foram os 40 contos de réis partilhados com igualdade.

IV. Que ainda tanto assim é, que, ao se casar Evangelina com Edgardo lhe fez seu pai, Manoel Pedro, entrega de 20 contos de réis, metade da doação cuja importancia lhe fora descontada da sua legitima avoenga no inventario a que se procedeu por morte do doador Dr. Caetano, seu avô.

V. Que tendo fallecido Evangelina, cujo casamento fôra tambem celebrado segundo o regimen da communhão geral de bens, deixou viuvo e tres filhos.

VI. Finalmente, que Manoel Pedro, viuvo da primitiva donataria Ambrosina, passou a segundas nupcias, e tendo ora fallecido, deixou viuva e um filho de nome Ivan.

Isto posto, procuremos solver a duvida proposta, isto é, si os netos de Ambrosina, filhos de Evangelina, têm ou não, no inventario a que se vai proceder por morte de seu avô Manoel Pedro, o direito de reclamar exclusivamente para si a quantia de 20:000\$000 recebida pelo casal avoengo a titulo de adiantamento da legitima de sua dita avó Ambrosina, legitima que terá ainda de receber por occasião do fallecimento de sua bisavó D. Maria Paulina, ou si á dita quantia tem tambem direito o menor Ivan, filho do 2º leito de Manoel Pedro.

Por mais intrincados que á primeira vista pareçam os factos, simples se me afigura a solução. E de facto é simples, pois que a hypothese está dominada por conhecidas regras de direito de precisão evidente.

1ª regra — O systema da communhão de bens no casamento abrange todos e quaesquer bens que os conjuges trazem para o casal e os que qualquer delles de futuro adquirir, por qualquer titulo, oneroso ou gratuito; nem importa que algum delles nada trouxesse ou nada adquira na constancia do matrimonio. — Valasco, *de Part.*, cap. 5 n. 14; Lafayette, *Dir. de Fam.*, §§ 55 e 60.

Logo, os 40:000\$000 entraram para a communhão conjugal de Ambrosina e Manoel Pedro eis que lavrada foi a escriptura de doação — cit. Lafayette, § 55 n. 2 e nt. 3; *ibi*: “O titulo, pelo qual cada um dos conjuges adquire, é ao mesmo tempo titulo de aquisição para a communhão, de modo que *provar que o conjuge adquire, é provar que a cousa adquirida é commum*”.

2ª regra — Esta aquisição, uma vez que não ha lei em contrario, não pode deixar, como qualquer aquisição de propriedade, de ser perfeita e definitiva: assim, dissolvida a communhão pela morte de um dos conjuges, continúa o sobrevivente na propriedade da metade do patrimonio, que até então só idealmente lhe pertencia, mas intrasmissivel durante o casamento — Lafayette, § 55, *apud* Vallasco, loc. cit., e Cabedo, P. I. Dec. 183 n. 2 — e a outra metade desde logo se transmite aos herdeiros do conjuge premorto, na ordem da successão commum.

Ora, da exposição dos factos, consta que, por morte de Ambrosina, Manoel Pedro fez á Evangelina, sua filha, entrega de 20 contos de réis, precisamente a metade que, da doação, a ella pertencia como representante de sua mãe.

Portanto, a elle passou a pertencer exclusivamente a outra metade ou 20 contos de réis.

3ª regra — Nas segundas nupcias, ainda havendo filhos do primeiro leito, communicam-se os bens presentes e futuros dos conjuges, da

mesma forma e nos mesmos termos que no primeiro matrimonio — Lafayette, § 63. Esta regra falha tão sómente no caso de haver convenção em contrario e no da Ord. L. 4º tit. 91 § 2º — nenhum dos quaes concorre na especie.

Mas então Manoel Pedro, passando a segundas nupcias, levou á communhão do segundo casal aquelles 20:000\$000, entrando desde logo a mulher na propriedade ideal da respectiva metade ou 10 contos de réis.

Logo, por morte de Manoel Pedro, continuou a viuva na propriedade dessa mesma metade e a outra passou a pertencer aos filhos do inventariado, entre os quaes deverá a respectiva partilha ser feita segundo as regras de direito.

Tal conclusão, posto que, ainda á primeira vista pareça injusta, é consequencia logica, e portanto irremovivel, destas regras inconcussas de direito.

Este é o meu parecer, que sujeito ao dos doutos.

23—11—01

## XI

— Da nomeação de inventariante dativo.

— Quem deve ser nomeado.

Pergunta-se:

Pode o testador nomear inventariante e este entrar na posse dos bens quando ha herdeiros necessarios maiores?

## Resposta

Em falta de herdeiro, que fique na posse dos bens, e que deva ser considerado cabeça do casal — Ord. L. 4º tit. 96 § 9º compete ao juiz nomear inventariante. Valasco, *Part.* cap. IV n. 21.

Na escolha deve preferir ao testamenteiro um dos herdeiro de maior idade, capaz de administrar a casa e fazenda do defunto, attento o melhor direito que tem esse herdeiro de ficar na posse de bens que lhe pertecem *pro indiviso*, como o reconhece o Decr. de 27 de Junho de 1845, art. 1º §§ 1º e 2º.

Nem porque o testador nomeasse inventariante ao testamenteiro, poderia este allegar preferencia. Quando a lei não designa o inventariante, que é então o cabeça do casal, tal designação é feita pelo juiz como primeiro acto de administração do espolio, e não ha disposição alguma de direito que permitta aos testadores substituirem-se nesta função publica.

E' o nosso parecer.

*Rio de Janeiro, 2 de Agosto de 1876.*

## **XII**

— A tutela dativa deve recair de preferencia no parente mais proximo do menor.

— Interpretação do § 6º da Ord. Liv. 4º tit. 82 quanto aos bens do menor relativamente á nomeação de tutor.

## **Consulta**

Maria, enviuvando em Areias, mudou-se, com seus filhos menores, para Queluz, onde passou a segundas nupcias.

Em Queluz tem Maria pai, abonado, em cuja companhia moram os ditos menores.

A legitima paterna destes consta de uma casinha situada em Areias, e de titulos de divida publica e particular.

Maria requereu ao juiz de Queluz que nomeasse tutor dos menores a seu pai, avô materno delles; mas aquelle juiz despachou que

nada tinha a deferir e que a requerente se dirigisse ao de Areias. Este indeferiu nos seguintes termos: “Indefiro. Não pode ter lugar a requerida nomeação por não ter o avô materno dos orphãos domicilio nesta Comarca, aos quaes orphãos já dei tutor, que é X”.

Pergunta-se:

Quem deve ser tutor? A circumstancia de terem os menores um immovel em Areias basta para fazer competente o juiz desta Comarca, e portanto, legal a nomeação de X?

### Resposta

A nomeação dos tutores dativos não deixou a lei ao mero arbitrio dos juizes. Si o pae não nomeou testamentariamente tutor aos filhos, pois esse que assim for nomeado exercerá a tutela sem dependencia de confirmação judicial — Ord. IV, 102 § 1º — e a mãe não a puder exercer por ter passado a segundas nupcias — cit. Ord. § 4º — manda a lei que a nomeação recáia no parente *mais chegado* — § 5º.

Tanto mais quer a lei, dominada pela justa consideração de dever supportar o *onus* do officio quem haja de recolher o beneficio da successão, que a tutela legitima prefira á dativa, que ao parente que se escusar pune com a perda da herança, si o menor morrer antes dos 14 ou 12 annos, conforme for varão ou femea — § 6º

Portanto, logo á primeira vista, o tutor de que se trata deve ser, não X, mas o avô materno dos menores.

Entretanto, a circumstancia apontada na consulta modificará esta conclusão?

A negativa nos parece fóra de contestação possivel.

Em primeiro logar, si é certo dispôr o § 5º da citada Ord. que a tutela legitima se defira ao parente mais chegado que o menor tiver no

logar *onde estão os bens do orfam*, tal disposição não deve ser interpretada de modo absoluto, isolada do systema do direito, sob risco de nos levar até ao absurdo.

A tutela, como instituição suppletiva do patrio poder, não tem por objecto unicamente a guarda e a administração dos bens do orfam, sinão também a protecção da pessoa, no que esta reclama de cuidados physicos, moraes e intellectuaes — Ord. I, 88 §§ 10, 11, 15 e 16; Dec. de 2 de Outubro de 1851, art. 32 § 8º. Daqui vem a necessidade intuitiva de estar o tutor junto do menor, cujas necessidades, aspirações, desejos, aptidões e quanto constitue a animalidade e a pessoalidade do homem, elle tem de consultar com a prompta e instante solitudine de pai.

Mas si ninguem contestará á Maria o pleno e absoluto direito de, enviuvando, mudar de domicilio; de, mudando-se, levar comsigo os seus filhos menores; si é certo que o domicilio delles não pode por enquanto ser outro sinão o domicilio materno, tanto que a lei só os privaria da companhia da mãe si esta dêsse fundada suspeita de máo tratamento ou de perigo para a moralidade delles — LAFAYETTE, *Dir. de Famil.*, pag. 310 — como desarticular o organismo da tutela, para pôr em Areias o tutor dos menores domiciliados em Queluz, que é também o domicilio do avô, em cuja companhia vivem?

Em segundo lugar, a propria lei repelle a nomeação de X.

Que diz a lei? Que seja tutor *o parente mais chegado que houver no lugar onde se acharem os BENS*; quer dizer, o todo dos bens ou a inteira legitima paterna, coincidindo com o domicilio do orfam, que é, como já vimos, o de sua mãe.

Do contrario, si o orfam herdasse varios immoveis situados em logares diversos, teria de se lhe nomear tantos tutores quantos fossem esses logares — o que é absurdo. Ninguem pode ter mais de um tutor. E'

assim que o § 8º da cit. Ord. e o § 24 da do liv. 1º tit. 88 mandam que, tendo o orfam bens em diversos districtos, se deprecará ao juiz competente para que os faça descrever e entregar a um curador capaz, que delles cuide e dê conta.

Ora, os bens dos orfãos em questão constam, além da casinha situada em Areias, de titulos, cuja guarda e administração incontestavelmente exigem solicitude mais immediata e reiterada do que as de uma casa.

Portanto, si só para argumentar não procedesse o primeiro motivo, seria o caso de se applicar a Ordenação em toda a sua extensão e sabedoria. Nomear-se tutor ao avô dos órfãos pelo juiz de Queluz, que é hoje o do domicilio delles, e esse deprecar ao de Areias pedindo a nomeação de um curador nos termos e para o fim do cit. § 8º da Ord. IV, 102.

Esse é o meu parecer; e para que vingue, penso que o dito avô deve requerer ao juiz de Queluz que o nomeie tutor de seus netos. Si fôr indeferido, deve appellar.

Salvo melhor juizo.

*S. Paulo, 15 de Dezembro de 1889.*

(Assim foi julgado — Acc. de 9 de Setembro de 1903 do Tribunal de Justiça de S. Paulo).

### XIII

— Posto que appellada a sentença de partilhas, bem podem os herdeiros, pendente a appellação, vender os bens que lhes foram lançados.

— Fazendo-o, vendem coisa propria.

Pergunta-se:

Appellada a sentença que julgou as partilhas, podem os herdeiros, pendente a appellação, vender os bens que lhes foram lançados? Vendendo-os, não é certo que vendem coisa sua?



## Resposta

A consulta tem formal solução em texto claríssimo de lei positiva.

Eis aqui:

“E sendo a partilha acabada, se metterão os herdeiros de posse de seus quinhões, conforme as cartas de partilha, que lhes forem passadas, **sem embargo de quaesquer embargos**, com que as outras partes a isso venham. Nem se impedirá a dita posse e entrega, **posto que as ditas partes appellem** ou agravem das ditas partilhas.” — Ord. Liv. 4º tit. 96 § 22.

Tal é a regra do nosso direito, e por todos os praticos ensinada **sem objecção** — BARBOSA, *Comm.* a esta Ord. n. 1; SILVA PEREIRA, *Repert.*, tom. 2, not. *a*, á pag. 226; PHOEBOS, *Arest.* 77; PEREIRA DE CARVALHO, *Prim. Linh. Orphan.*, § 109 RAMALHO, *Inst. Orphan.*, § 166, e a corrente dos DD. ali citados.

Que aquelle modo de dizer “se metterão de posse de seus quinhões” allude tambem ao dominio, ensina-o PEREIRA DE CARVALHO, no logar citado:

“Pela partilha, adquirem os herdeiros **o dominio** dos bens que se lhes adjudicaram em sorte, e não póde a posse ou a entrega delles ser-lhes impedida ou demorada.”

E’ um phenomeno da logica do direito. Pelo alvavá de 9 de novembro de 1754, o herdeiro, logo que morre o *de cujus*, adquire o dominio e a posse civil com os effeitos da natural — dominio e posse sobre coisa integralmente ideal, traduzida a idéa na indivisibilidade da herança. A partilha, concretizando o direito deste ou daquelle herdeiro em parte certa da herança, lhe materializa nesta parte o seu dominio e posse.

**Portanto, fóra de duvida é que, não obstante pender appellação da sentença que julgou a partilha, bem póde o herdeiro vender o respectivo quinhão, PORQUE VENDE COISA SUA.**

Nem se pretenda que a opposição do herdeiro appellante fez litigiosa a herança, impedindo, portanto, a venda de alguma parte della. Em 1º lugar — porque a coisa só se diz litigiosa quando sobre **ella** se move acção real de dominio ou reipersecutoria — Ord. L. 4º Tit. 10 pr. e §§ 2, 3, 5 e 7 — e a disputa entre coherdeiros, na *familioe erciscundoe*, não póde de forma alguma ser equiparada a uma acção. Em 2º lugar, porque, quando tal não fôsse a regra de direito, o § II da dita Ord. exceptua expressamente da categoria de coisa litigiosa a partição feita entre herdeiros da herança.

Eis aqui:

“E posto que a coisa litigiosa ou a acção não possa geralmente ser vendida, escaimbada nem doada, **isto não haverá logar na partição feita entre herdeiros da herança sobre a qual litigavam.**”

Este é o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 20 de janeiro de 1899.*

CONCORDO.

*S. Paulo, 21 de janeiro de 1899.*

O advogado,

DR. A. J. PINTO FERRAZ

DE ACCORDO.

*S. Paulo, 23 de janeiro de 1899.*

O advogado,

DR. F. JUSTINO GLZ. DE ANDRADE

CONCORDO.

*S. Paulo, 24 de janeiro de 1899.*

O advogado,

DR. JOÃO MENDES JUNIOR.

CONCORDO.

*S. Paulo, 24 de janeiro de 1899.*

O advogado,

DR. VICENTE MAMEDE.

CONCORDO.

*S. Paulo, 24 de janeiro de 1899.*

O advogado,

DR. FREDERICO ABRANCHES.

CONCORDO.

*S. Paulo, 24 de janeiro de 1899.*

O advogado,

DR. CANDIDO MOTTA.

CONCORDO.

*S. Paulo, 24 de janeiro de 1899.*

O advogado,

DR. JOSÉ MARIA CORRÊA DE SÁ E  
BENEVIDES.

## XIV

- Doação de terrenos feitos pelas Camaras Municipaes. Sua validade.
- Dominio e posse dos donatarios.
- Adquisição de posse das Municipalidades por intermedio dos seus legitimos representantes. Os municipes apenas exercem de facto a posse que aquelles, em nome da Camara, adquiriram.
- A posse de mais de cem annos, ou *immemorial*, faz presumir justo titulo e boa fé, e não admitte prova em contrario.

### Proposta

O mosteiro de S. Bento desta cidade vendeu ao dr. Jayme Soares Serva e a Victor Nothmann, por escriptura publica de 14 de Janeiro do corrente anno, os terrenos que possuia na varzea do Carmo desta cidade, precedendo concurrencia publica por ordem do primeiro ministro (Barão de Loreto) de quem impetrou o mosteiro licença para a venda e com autorização do ministro do interior (dr. Aristides da Silveira Lobo).

O mosteiro houve esses terrenos por carta de doação que lhe fez a 20 de Julho de 1764 a Camara de S. Paulo, revalidando outra de tempos preteritos, carta essa trasladada para o livro do Tombo do mosteiro por tabellião (documento junto n. 1).

Feita a venda acima referida com todas as formalidades legaes, sem protesto da camara, tratando os compradores de exercer acto de posse cercando o terreno e levantando a edificação, foram: 1º, as cercas destruidas por ordem do presidente da Intendencia Municipal, sem formalidades; 2º, a edificação arrazada por ordem da Intendencia reunida em sessão, igualmente sem qualquer formalidade.

A municipalidade pretende ter dominio e posse desses terrenos porque foram sempre tidos como pertencentes ao rocio desta capital, tendo

ella adquirido a posse por meio de seus habitantes, e tambem porque a concessão feita ao mosteiro pelo senado da camara em 1764 contraria de frente as condições impostas na carta de Sesmaria dada pelo capitão general da capitania de S. Paulo, d. Rodrigo Cezar de Menezes, em 25 de Março de 1724, origem do dominio municipal sobre os terrenos que constituem o rocio desta cidade, pela qual ficou estabelecido que não podiam ser alheados esses terrenos sem expressa ordem do poder real, nem tão pouco transferidos a ordens religiosas em tempo algum; que si acontecesse possuil-as seriam com o encargo de pagarem delles dizimos, como se fossem possuidos por seculares (vide documentos ns. 2 e 3).

Pergunta-se:

1º

Foi regular a venda feita pelo mosteiro?

2º

E' regular e tem fundamento em direito o modo porque se tem opposto a Intendencia aos actos de posse dos compradores?

3º

Póde a Intendencia, isto é, a municipalidade, allegar a posse por meio dos muncipes não representantes?

4º

E' titulo legitimo de dominio por parte do mosteiro a concessão de 1764, feita pela camara, aliás revalidação de outra de tempo anterior?

5º

Perante a carta de sesmaria acima referida, é titulo habil o que possui o mosteiro?

## Resposta.

/

Ao 1º, sim. Regular foi a venda feita pelo Mosteiro, visto tel-o sido *a domino*.

Dizendo-se legitima em direito a venda que é feita por titulo habil, capaz de transferir o dominio, a carta de doação sob n. I feita pela Camara de S. Paulo ao Mosteiro de S. Bento aos 20 de Julho de 1764, revalidando concessões de tempos preteritos, registrada por official competente no livro do Tombo do Mosteiro, era incontrastavelmente titulo legitimo para transferir ao Mosteiro o dominio dos terrenos questionados; e desde então, observadas as formulas legaes, podia o Mosteiro, por sua vez, legitimamente transferil-o a terceiros.

Que aquelle registro deu á referida carta character de instrumento publico authenticico, é ponto liquido — Valasco, *Cons.* 10, referida por Moraes, *de Exec.*, IV, VI, 15; Lobão, á nota 463 de Pereira e Souza.

//

Ao 2º, não. Violento foi o procedimento da Intendencia Municipal.

A excepção, que ao principio geral de direito, consagrado no fr. 176 *de div. reg. juris* (L, 17) — que a ninguem é licito fazer justiça por suas proprias mãos — consignou a Ord. L. 4º tit. 58 § 2º, e é entre os praticos conhecida pelo titulo de *desforço*, depende, para ser exercida, de condições que não occorrem na hypothese. Provinda do direito romano — fr. 3º § 9º *de vi* (XLIII, 16) — a faculdade do desforço, além, o que é intuitivo, da posse do desforçador, requer, para entrar em actividade juridica, que o respectivo exercicio seja *immediato* ao acto do forçador — *non ex intervallo, sed ex continenti* — como se exprime Ulpiano no citado

fragmento, ou *in ipso congressu* — como diz Juliano no fr. 17 *eod.* — Fioretti, *Su la legittima difesa*, cap. VII; Arndts — Serafim, *Pandette*, § 94; Lafayette, *Direito das Cousas*, § 23.

Mas da resposta acima dada ao 1º quesito já resultou a demonstração de que a Intendencia não tinha a posse em questão, pois havendo-a, pela doação, transferido ao donatario, não a podia simultaneamente conservar — fr. 3º § 5º *de adq. vel amitt poss.* (XLI, 2) — e da exposição que precede aos quesitos que nos foram propostos resulta que o desforço não foi *incontinenti*. Foi até resolução tomada em sessão da Intendencia.

### III

Ao 3º, não. As municipalidades, como pessoas juridicas sómente por intermedio dos seus legitimos representantes — *scilicet*, pelos vereadores — adquirem posse. Os municipes apenas exercem de facto a posse que aquelles, em nome da camara, adquiriram.

Expresso é o direito no fr. 1º § 22 do citado Liv. 41 tit. 2º: “Da regra estatuida segue-se que os municipes por si nada podem possuir, já que não é possivel reunir o consentimento de todos elles (*universi*, como na glosa de Pothier áquelle fragmento, *consentire non possunt*).

Nem obsta o fr. 2º do mesmo titulo, onde se diz que *possidere et usucapere municipes possint*; porquanto o resto do texto — *idque eis et per servum, et per liberam personam adquiratur* — allude á aquisição da posse por terceiro, que segundo direito, só póde ser um representante legitimo e directo. Tal é a lição de Pothier, *ad Pandectas*, h. t.: *Per actorem, scilicet, qui, nomine reipublicoe, possessionem apprehendat*.

“Le persone giuridiche sono capaci del possesso in quanto lo acquistino per mezzo dei loro legittimi rappresentanti. I quali debbono (già s’intende) riunire in se tutte le qualità o condizioni richieste in una persona fisica per lo acquisto del possesso; debbono avere cioè *l’animus possidendi*, debbono apprendere il possesso con

un atto corporeo o proprio o di un mandatario di ciò espressamente incaricato." Conticini, *Lezione di Pandette*, I, 338-339. — Vide Savigny, *Possession*, §§ 21 e 26; Lafayette, op. cit, § 13, 3.

Nem outra podia ser a solução científica, visto que, na aquisição da posse por terceiro, exige-se imprescindivelmente o concurso das tres condições seguintes:

a) que o terceiro tenha o animo *non sibi, sed alteri possidendi* — fr. 1º § 19, Dig. cit.;

b) que o representante tenha conhecimento da apprehensão da posse pelo terceiro, pois que *ignoranti possessio non acquiritur* — fr. 49 § 2º eod.; fr. 47 de *usurp. et use* (XLI, 3);

c) que haja entre o adquirente da posse por terceiro e este, uma relação legal, que os romanistas exprimem pelos termos *jussus et mandatum* — fr. 1 §§ 5, 6, 8; fr. 49 pr. eod. — Mackeldey, *Man. de Droit Rom.*, § 252 — as quaes positivamente não concorrem na especie da consulta.

#### IV e V

As soluções *supra* respondem categoricamente a estes dois quesitos; porquanto, ainda mesmo que a Camara de S. Paulo não houvesse impetrado decreto régio para a doação feita ao Mosteiro, o que ocorreu em 1764 a posse immemorial do mesmo Mosteiro não somente suppriria tal decreto, como é presumpção juridica de que decreto houve.

Sendo certo que a posse immemorial, e tal é a de mais de cem annos, faz presumir a existencia de justo titulo e de boa fé — const. 1ª de *proscript.* — e não admite prova em contrario — Muhlenbruch, § 265 — a seguinte passagem de Lobão (a Mello, III, IV § 7º n. 5) vai dar a ultima resposta:



“Especialmente ella faz presumir (a prescrição immemorial) que a essas aquisições ou liberdades ou privilegios precederam pactos, contractos, privilegios, concessões especiaes, *ex certa scientia*, dos Reis e Papas, confirmações delles etc. Ella tem força de lei; faz presumir a graça em tudo o que é concessivel; equipara-se ao poder do rei e do Papa, é a mesma verdade, etc.”

Portanto, a carta de sesmaria sob n. 3 de forma alguma obsta o direito do mosteiro, e portanto de Victor Nothmann e dr. Jayme Serva, seus legitimos successores.

Assim penso, salvo melhor juizo.

*S. Paulo, 21 de Março de 1890.*

Concordo inteiramente com o douto parecer supra.

*S. Paulo, 22 de Março de 18.*

**Dr. M. A. Duarte de Azevedo.**

## **XV**

1º) Do momento inicial da posse capaz de levar á usucapião.

2º) Do que importa interrupção da prescrição.

3º) Questões de registro de terras. Formalidades da transcrição.

4º) Fraude no registro.

Em 1846, Fulano Messias apossou-se de certas terras no sertão, denominadas *Ribeirão Doce*, e nellas fez cutivados e ranchos para morada.

Em 1869, atacado por indios bravios, teve de retirar-se e foi para Belém do Descalvado.

Em 1871, fez por escriptura publica permuta de parte daquellas terras, transferindo ao outro permutante Garcia a posse,

domínio e mais direitos que tinha sobre a alludida parte. Fallecendo Garcia, passou a viuva a segundas nupcias, e o novo casal, em Agosto de 1891, passou procuração a Vieira e a Rodrigues para que estes tomassem conta das terras adquiridas pela permuta de 1871, nellas fizessem novos ranchos, derrubadas, abertura de caminhos e o que mais conviesse á conservação e proveito das mesmas terras.

Vieira e Rodrigues tomaram posse sem que encontrassem opposição de quem quer que fosse, nem vestígios, a contar da primitiva posse de Messias, de qualquer intruso; nellas sempre se mantiveram mansa e pacificamente, até que o dito Vieira comprou e registrou as mesmas terras, e nellas até hoje se mantém sem opposição alguma, como se vê da inclusa justificação julgada por sentença.

Mas vem agora ao conhecimento de Vieira a existencia de um registro feito por Ladisláu ao 1º de Março de 1860, do qual se junta certidão, comprehensivo de terras compradas, por escriptura particular, de Campos e sua mulher, que as houveram por posse no anno de 1844. Deste registro constam as divisas dessas terras: *ibi*: “princiando no Rio Batalha aquem da barra do Ribeirão da Rosa, e seguindo ... até a barra do Ribeirão da Rosa, onde teve começo.”

Mas do referido registro se vê que depois das divisas destas terras, ali denominadas do *Rio Batalha* divisas assim dadas: “Princiando no Rio Batalha em um espigão que verte para o Rio Capituva grande, e por este acima segue divisando pela direita com... até onde se começou esta divisa no referido Rio Batalha” — tendo posto aqui um ponto, continua o registro: “Assim mais no Ribeirão Doce onde faz barra no Rio Tieté abaixo... até chegar ao Rio Tieté, onde teve começo.”

Mezes depois deste registro, vendeu Ladisláu as terras sem que o adquirente, ambos residentes na comarca da situação do immovel, houvesse ainda registrado a compra.

Em vista do exposto, sem perder de vista a justificação junta, e a circumstancia de haver Ladisláu, fazendo o registro, englobado duas partes de terras distintas e separadas, sendo que só da primeira, a chamada do Rio Batalha, consta haver titulo, que é o escripto particular incluso, sem referir absolutamente a origem da 2ª, que se compõe justamente das terras do Rio Doce, á margem esquerda do Rio Tieté, e são aquellas em cuja posse está Santos, por seus antecessores, desde 1846.

Pergunta-se:

/

Como se conta ou de quanto tempo é a posse de Santos, actual proprietario das terras do Rio Doce?

//

A quem pertencem hoje estas terras? por que titulo?

///

Estava ou não Ladisláu obrigado a registrar essas terras, para poder dizel-as suas, na cabeça da Comarca, não obstante a registro sob n. 3?

/V

E' ou não fraudulento o registro destas terras em continuação ao das do Rio Batalha?

### **Resposta**

/

Consistindo a posse em uma relação physico-psychica entre o possuidor e a coisa possuida, começa no momento em que aquelle apprehende a coisa, e, com o animo, de havel-a para si, exclue, pela força

da propria dominação material, junta á acção da propria vontade, o poder simultaneo de outrem sobre a mesma coisa.

Assim é:

1º) porque, etymologicamente, posse significa certa *posição* mantida por quem naturalmente está sobre uma coisa — fr. 1º *de adq. posses.* (D. XLI, 2):

— Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit: quam Groeci CATOCHEN dicunt. —

2º) porque, juridicamente, a posse não conta como unico elemento a dominação physica, mas exige tambem a vontade de possuir — *animus rem sibi habendi* — fr. 3º § 1º *eod.*:

— Adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore. Quod autem diximus, ET CORPORE ET ANIMO ADQUIRERE NOS DEBERE POSSESSIONEM. —

3º) porque, ontologicamente, duas pessoas não podem ao mesmo tempo possuir a mesma coisa por titulos diversos — fr. 3 § 5º *eod.*:

— Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. Contra natura quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. —

Uma vez começada, a posse permanece emquanto:

a) o poder physico do possuidor, junto ao animo de possuir, se exerce sobre a coisa — *corpore et animo*;

b) o poder do possuidor, posto que não se exerça imediatamente sobre a coisa, possa se exercer logo que elle o queira;

c) subsiste a vontade de possuir, ou a influencia da vontade não se torna inteiramente impossivel.

Tudo isto quer dizer, que a posse pode manter-se só pela acção da vontade — Paulo, *sent.* V. 2 § 1º:

— Sed nudo animo adipisci quidem possessionem non possumus; RETINERE TAMEN NUDO ANIMO POSSUMUS. —

D'onde se segue que a ausencia do possuidor do logar onde está a coisa possuida não interrompe a posse. E' assim que, si nós abandonamos nossa fazenda em certas estações do anno, não deixamos de possuil-a durante todo elle — fr. 3º II *eod.*:

— Saltus hybernos oestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos reliquamus.

Assim ainda, si na nossa ausencia alguém entremetteu-se em nossa posse, conservamos esta enquanto ignoramos a usurpação — fr. 46 *eod.*:

— Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tandiù priorem possidere dictum est quandiù possessionem ab alio occupatam ignoraret. —

Por outro lado, na computação do tempo necessario á aquisição do dominio pela posse, isto é, pela usucapião, addicionam-se, ao tempo contado pelo possuidor actual, os diversos períodos da posse dos seus antecessores — fr. 14 § 1º *de div. temp. prescr.* (D. XLIV, 3):

— Planè tribuuntur his qui in locam aliorum succedunt, sive ex contractu, sive voluntate. —

Isto posto, a posse de Messias Cortez começou em 1846 data em que se apossou das terras em questão; continuou durante sua ausencia (de 1869 a 1871); transmittiu-se não só pela *accessio possessionis* como ainda *ex permutatione*, a João Garcia Lopes Ferreira; passou á viuva deste, e pelo casamento della ao casal, até que, pela ultima venda realizada, ficou com o actual possuidor Antonio Vieira dos Santos.

A posse deste conta, portanto, e pelo menos, quarenta e seis annos.

//

Prejudicado pela resposta ao anterior quesito.

As terras são hoje de Antonio Vieira dos Santos pelo titulo de compra e venda; mas quando não houvesse intervindo este contracto, selo-iam ainda pela usucapião ou prescrição aquisitiva, começada por seus antecessores, por elle continuada e já ha muito tempo consummada.

E porque, da justificação junta sob n. 2, se prova que a posse de Messias Cortez começou em 1846, e sem que intruso algum n'ella se entremettesse, passou a seus successores mansa e pacificamente, e até hoje, quarenta e seis annos depois, assim se mantem no ultimo delles, que é o dito Santos, fora de duvida é que, quando mesmo Santos não tivesse titulo algum ou o tivesse vicioso, não seria menos proprietario do que hoje é, e definitivamente, contra quaesquer pretensões, até do Estado, si por ventura pretendesse taes terras.

Contra quaesquer terceiros selo-ia desde 1876 pela *proscriptio longissimi temporis*, contra o Estado desde 1886 pela prescrição de quarenta annos — lei 8<sup>a</sup> § 1<sup>o</sup> C. de *praescrip.* XXX vel XL ann. (VII, 39); Ord. L. 4<sup>o</sup> tit. 3<sup>o</sup>, § 1<sup>o</sup>; Mello Freire. L. 3<sup>o</sup> tit. 4<sup>o</sup> § 2<sup>o</sup>.

Si, pois, desde as mencionadas epocas — 1876 e 1886 — os antecessores de Santos podiam efectivamente repellir quaesquer pretensões de terceiros e do Estado, inatacavel é hoje a posição juridica de Santos.

///

O registro que se attribue a Ladisláo, tendo sido feito em 1860, estava sujeito ás formalidades do Reg. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854; portanto, si foi feito perante o vigario da freguezia da situação do immovel, como prescreve o art. 97 d'este Reg., ficou bem feito.

Os avisos de 18 de Agosto, 23 de Novembro e 22 de Dezembro de 1854 e 17 de Janeiro de 1855 (Candido Mendes, *Cod. Philip.*, pag. 1103 1ª col. nt. 2), declararam que o registro deve ser feito na freguezia da situação das terras, quer estejam os possuidores sujeitos á autoridade civil de outra freguezia, quer residam fóra d'ella.

A formalidade da transcrição no proprio lugar *rei sitoe* é essencial, pois que, si pudesse ser feita fóra delle, a publicidade, que a lei tem em vista, ficaria de facto annullada. — Lafayette, *Dir. das Cousas*, § 52, 1º vol., pag. 148.

Portanto, não basta o registro sob n. 3 si aquella formalidade não foi satisfeita.

#### IV

Da exposição dos factos —

da escriptura sob n. 1 —

do escripto particular sob n. 4 —

da justificação sob n. 2 — prova-se que as terras denominadas do “Ribeirão Doce” nada têm de commum com as outras chamadas do “Rio Batalha”; que só estas foram compradas por Ladisláo; que aquellas sempre foram de Messias Cortez e de seus sucessores até Antonio Vieira dos Santos. Logo, só as do Rio Batalha podiam fazer objecto do registro promovido por Ladisláo.

E attendendo-se á descripção das terras de Ladisláo, feita na escriptura particular sob n. 4, descripção que fecha bem discriminado perimetro, *ibi*: “*princiando no Rio Batalha, aquem da barra do Rib.º da Rosa*” “*até a barra do Ribeirão da Rosa, onde teve principio*” e que não combina com a que, das mesmas terras do Rio Batalha, consta do Registro sob. n. 3, parece fóra de duvida que o appendice: “*Assim mais no*

*Ribeirão* etc.” envolve uma machinação cavillosa, para o fim de comprehender no registro das primeiras terras as segundas, denominadas do “Rio Doce”, as quaes, desde 1846, estavam apossadas por outrem.

Esta machinação constitue o dolo, que só por si annullaria o registro, si a usucapião, consummada em favor de Santos, não fosse sufficiente para invalidar o mesmo registro.

De facto — o dolo é toda machinação, fallacia ou astucia para enganar outrem, simulando-se coisa que não é — fr. 1 § 2º de *dolo malo* (D. IV, 3):

— Dolum quidem machinationem, fallaciam, calliditatem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, et aliud agitur. —

Ora, levar a registro certas terras compradas, cujo titulo se exhibe, e contem descripção completa, e no mesmo registro, apenas intercalando um ponto (.), appensar um — *Assim mais* — comprehensivo de outras terras, distinctas das primeiras, das quaes não se produz titulo algum, e as quaes, havia quatorze annos, estavam na posse de terceiro, que será sinão a *machinatio*, a *fallacia*, a *calliditas* de que falla a lei?

Note-se mais a seguinte circumstancia.

Na certidão do registro sob n. 3, fazendo Ladisláo as declarações concernentes ás terras do “Rio Batalha”, combinando com a escriptura particular sob n. 4, declara que taes terras houve-as por compra de Francisco Rodrigues de Campos e sua mulher; ora, no appendice, isto é, depois do *Assim mais*, descrevendo as terras do “Ribeirão Doce”, nada refere quanto á origem ou *causa proxima* do seu pretendido direito; logo, pela contextura grammatical e logica do registro, devia se concluir que tambem estas terras houve-as elle por compra de Rodrigues de Campos. Mas nada indica que destes houvessem jamais sido as ditas terras; e como provadamente se conclue da justificação sob n. 2



que as mesmas terras nunca foram de Rodrigues de Campos, induz-se logicamente, sob aquella *Assim mais*, a existencia do dolo.

Mas dado o dolo, mesmo abstraindo da posição jurídica de Santos, nenhum proveito d'elle poderia tirar Ladisláo — fr. 63 § 7º *pro socio* (D, XVII, 2); fr. 12 *de dolo malo* (XLIV, 4):

— Nec oequum est, dolum suum quemquam relevare.

— Ne ex dolo suo lucrentur.

Minhas respostas são, portanto, as seguintes:

I. Quarenta e seis annos.

II. De Antonio Vieira dos Santos.

III. Estava.

IV. E'.

Salvo melhor parecer.

## XVI

— A incumbencia dada a um agente de negocios para realizar certa operação é um mandato.

— O agente tem direito á porcentagem ajustada desde que aproximou os interessados, ainda que estes tenham depois fechado directamente o negocio.

## Consulta

Certo fazendeiro, tendo lido o annuncio em que um agente de negocios desta capital se propunha a permutar um predio da cidade por um sitio no interior, deu-lhe, por carta, a incumbencia de realizar, mediante determinada porcentagem, a permuta de um sitio seu pelo predio annuciado.

O agente tratou de realizar a transacção, e quando só faltava a escriptura, soube que os permutantes já tinham tudo concluido em cartorio de outro tabellião.

Reclamando o pagamento da porcentagem ajustada, recusa-se o fazendeiro a fazel-o, allegando não só ter o agente se demorado mais de um mez na conclusão do negocio como ter sido este afinal concluido sem intervenção d'elle, e em condições differentes das ajustadas.

Allega mais não ter a carta força de procuração por não a ter assignado sua mulher:

Pergunta-se:

1º Deve o fazendeiro aquella porcentagem ou não?

3º Procedem aquellas allegações?

### **Resposta**

Entre o fazendeiro e o agente houve o contracto de mandato perfeitamente caracterizado. E ficou perfeito do momento em que o fazendeiro, movido pelo annuncio do agente, lhe remetteu a carta de que falla a proposta — Domenget, *Du mandat et de la commission*, ns. 2 e 103.

Isto posto, é sem duvida que o agente tem direito á porcentagem estipulada. Aliás, não haveria meio mais facil e prompto de remover o pagamento de commissões ou corretagens do que, uma vez approximadas reciprocamente, por intermedio do agente ou corretor, as partes contractantes, tratarem estas de fechar entre si o negocio, e dizerem que o fizeram independetemente de intermediario.

Nem importa que o tivessem feito em condições differentes das assentadas com o agente, uma vez que foi por acção deste que aquellas se puzeram em communicação para consummar o negocio — Buchner, *Teoria del mandato*, trad. ital., § 14.

Entretanto, como o facto modifica o direito, si entre o mandato e a consummação do negocio se interpoz tanto tempo que se pudesse razoavelmente presumir tacita revogação (Vinnius, *ad § 9º Mand.*), ou si entre o agente e o fazendeiro houve formal rompimento, de modo que o trato effectuado veio como negocio novo, então o agente não tem direito a remuneração alguma. Quanto á primeira hypothese, penso que a referida tardança de um mez não pode de modo algum operar naquelle sentido; quanto á segunda, nada se refere na proposta.

A falta da assignatura da mulher na carta, instrumento do mandato, é allegação de todo improcedente.

S. M. J.

## XVII

— Procuração *in rem propriam* no direito portuguez.

— Arrecadação de herança.

## Proposta

Manoel, residente em Portugal, pae e unico herdeiro de Maximiliano, cuja herança estava sendo arrecadada judicialmente no Brazil, constituiu C. seu procurador em causa propria, tendo tambem vendido ao mesmo C. todos os seus direitos hereditarios, recebendo o preço e dando quitação, isto por escriptura publica, revestida de todas as formalidades externas requeridas para a validade do acto.

C., exhibindo a procuração em causa propria, requereu a habilitação de Manoel perante o juizo da arrecadação.

Vendida, porém, a herança, o vendedor Manoel constituiu procurador em Portugal para rescindir ou annular ante as justiças daquelle reino o acto da venda, e, revogando a procuração *in rem propriam* dada ao comprador C., constituiu novo procurador, a quem o juiz da habilitação,

julgando-a procedente, mandou entregar a herança arrecadada, isto sob o fundamento de que, ante o Cod. Civ. Portuguez, todas as procurações, inclusive a procuração em causa propria, são revogaveis.

C. não foi attendido, apesar de exhibir o instrumento de cessão e compra da herança, contracto distincto do de mandato, e apesar de haver provado, documentalmente, que o contracto de cessão não tinha sido ainda desfeito ou annullado em Portugal.

Pergunta-se:

1º E' juridica a resolução do juiz arrecadador, mandando entregar a herança ao ultimo procurador constituido por Manoel, ou o cessionario C tem direito de receber a herança de Maximiliano, por elle comprada a Manoel, por instrumento publico, destituido de vicios externos?

2º A decretação da nullidade da cessão e venda da herança por defeitos viceraes ou intrinsecos, cabe ás justiças de Portugal, ou poderá ser resolvida pelas justiças brasileiras, no processo de habilitação?

### **Respondo:**

Ao 1º)

Quer tomemos em consideração a procuração *in rem propriam*, que se diz haver Manoel outorgado a C, quer façamos abstracção della, parece que mal procedeu o juiz da arrecadação mandando entregar ao 2º procurador a herança do filho de Manoel, só por considerar revogada a referida primeira procuração outorgada a C.

De facto:

a) Não ha duvida que o Cod. Civ. Port. não considera a procuração *in rem propriam* como uma das especies do mandato (art. 1326) nem conhece mandato algum irrevogavel (art. 1363) e o annotador Dias

Ferreira (3º vol. p. 360) dá como explicitamente abolidas as procurações com aquella clausula, que o velho direito portuguez reconhecia.

Mas por ventura poder-se-á haver como nenhuma a procuração de que se trata, andando ella ao lado da venda, que da herança de seu filho, Manoel fez a C., recebendo o preço e deste dando quitação por escriptura publica isenta de vicios?

Absolutamente não.

Ou a procuração precedeu á compra e venda, ou concorreu com ella, ou foi outorgada posteriormente.

No primeiro caso, absorvido o mandato pela compra e venda, C. mudou a sua posição juridica: de mandatario converteu-se em comprador, e, portanto, dono da herança; no 2º, o mandato não tem outro valor sinão habilitar C. a requerer a arrecadação da herança e a propôr em juizo as acções que competissem a Manoel — precaução aliás superflua, porque, sendo a compra e venda da herança de pessoa já fallecida contracto permittido pelo Cod. Civ. Port. (art. 1556) este contracto só por si transferia a C. todos os direitos de Manoel; no 3º caso, finalmente, a procuração, ainda superflua, tem o valor unico de ratificar a venda. Portanto, aquella procuração não póde ser considerada como simples mandato, nulla por ter sido *in rem propriam*. Consequencia ou modo da execução do contracto de compra e venda, que é synallagmatico, aquelle mandato escapa do quadro geral do mandato propriamente dito para participar da irrevogabiliidade daquelle outro contracto, formando com elle um todo indivisivel. (Laurent, *Dr. Civ.*, XXVIII, 104; Dalloz, 1874, 5327 n. 10º)

b) De resto, si a procuração é nulla, ou si a 2ª a revogou, a condição de comprador permanece em C., e esta não podia ser destruida sinão por acção ordinaria, no juizo contencioso, nunca, porém, administrativamente, no juizo gracioso da arrecadação.

Tenho o procedimento havido como violentamente atrabiliario.  
Um horror.

Ao 2º)

A acção rescisoria da venda deve ser proposta contenciosamente, como já dissemos, e salvo qualquer razão especial em contrario, no fôro do domicilio do comprador.

S. M. J.

*S. Paulo, 17 de Maio de 1893.*

### XVIII

a) O que é da natureza do contracto se comprehende nos poderes do mandatario incumbido de o celebrar.

b) Por isso, responde o mandante pelo possivel excesso do mandatario.

c) Si este procedeu de má fé tem o mandante acção contra elle.

A. deu procuração a B. para vender *suas propriedades como lhe approuvesse* — sem individual-as nem lhes determinar extensão ou quantidade.

B. vendeu a C. certa propriedade, garantindo a existencia de certo numero de alqueires de terra e de cafeeiros, com obrigação, que o procurador assumiu em nome do mandante, de indemnização, no caso de não conter a propriedade vendida as quantidades garantidas.

Verificado que não havia o numero de cafeeiros vendidos, pergunta-se:

A. está obrigado á indemnização?

Conhecida a regra do direito moderno, *ad dispar* dos puros principios do primitivo direito romano (Daloz, *Répert.* vb. *Mandat.* n. 303), regra depois adoptada peio direito imperial e ora expressamente formulada em varios codigos (francez. art. 1997; italiano, art. 1751; portuguez, art. 1352; hespanhol, art. 1725; chileno, art. 2154 etc., etc.) — segundo a qual não é o mandatario obrigado para com terceiros si agiu como tal e a esses terceiros deu sciencia dos proprios poderes, e não se obrigou, por clausula expressa, pessoalmente — regra que hoje constitue, como diz Laurent, o caracter essencial do mandato, *id est*, a representação do mandante pelo mandatario; sabido mais que a referida regra importa logicamente a outra — segundo a qual é o proprio mandante quem se obriga (*qui mandavit ipse fecisse videtur*) — enquanto o mandatario procede dentro nos limites do mandato, pois que, fóra delles, o mandatario não representou o mandante (Demenget, *Du mandat*, n. 399), consequencia tão logica que levou Laurent a proclamar, não a nullidade, mas, por falta do consentimento do mandante, a inexistencia do acto excessivo (conf. Pothier, *Mandat*, n. 87), é bem de vèr que a solução da consulta está por completo presa á resolução deste ponto: — *B.* procedeu com excesso do mandato?

Decidimo-nos resolutamente pela negativa.

Que coisas podem ser imputadas a *B.* como excessivas do mandato? *a)* A numeração de cafeeiros, *b)* e a declaração de responder o mandante pelas faltas que houvesse. Uma e outra, porém, não me parece que desobriguem o mandante para com o comprador.

*a)* Quanto á primeira, basta ponderar, partindo do fr. 46 D. *Mandati vel contra* (XVII, I), onde Paulo allude ao modo porque devemos determinar quaes sejam os limites do mandato — que, ou este, para se poder affirmar que tal era a intenção do mandante, só e exclusivamente de certa e determinada maneira deve ser executado — e então qualquer desvio constitue excesso prejudicial: “*commodissime illa forma in*

*mandatis servanda est, ut, quoties certum mandatum sit, recedi a forma non debeat*” — ou aquella intenção se póde preencher de modo commum e mesmo por equipollencia — e então devemos admittir no mandatario a faculdade de praticar quanto couber na natureza do negocio — *quoque ipso mandato inerant*. — Voet. *Com. ad Pand., Mand.*, § II Glück, *Com.*, ed. de Serafini e Cogliolo, vol. XVII pag. 26; Arndts, *Pand.*, § 292. — Scoevola, no fr. 26 § 1º *eod. tit.*, dá um exemplo desta regra.

Isto posto, como diz o citado Glück, nos limites do mandato comprehende-se tudo que lhe é connexo e serve de meio de execução.

“Ogni mandatario, na traducção de Pacchioni, é quindi, in forza ad un tacito consenso del mandante, autorizzato a compiere tutti gli atti senza dei quali il negozio a lui affidato non potrebbe essere eseguito (frgs. 56 e 62 Dig. de procurat. (III, 3).”

Aliás se diz que houve desvio ou excesso do mandato quando o mandatario executa negocio diverso do que lhe foi outorgado e que não corresponde á vontade e intenção do mandante — o que, na lição do afamado classico Becmann (*Dissert. de obligatione mandantis erga mandatarium fines mandati excedentem*, §§ 37 e 38), citado por Glück, pode acontecer de duas maneiras:

a) ou o mandatario faz o inverso do que lhe incumbiram, em outros termos, faz coisa incompativel com o negocio outorgado,

b) ou faz o que lhe mandaram que fizesse, mas alem disso praticou outro acto de diversa indole, ao qual não se estendia o mandato.

**Ora,**

no mandato para a venda de propriedades agricolas indubitavelmente se comprehende a faculdade de fazer a descripção da propriedade a vender, e na descripção se contém não só a extensão como a indicação de bemfeitorias, numeração de cabeças, de caféeiros, de mattas, etc., etc.



E tanto assim é, que na L. 22 Cod., *de fidej.* (VIII, 40), os imperadores Deocleciano e Maximiano, como que firmando o principio de que *il negocio è sempre valido in quanto è conforme al mandato, sebbene il mandatario ne abbia oltrepassati i limiti* (Pacchioni, pag. 29), previram precisamente á hypothese da consulta, e assim a resolveram: “Si te obrigaste a entregar mais do que devia aquelle por quem figuraste como mandatario, o presidente da provincia não tolerará que te exijam o que de mais numeraste.”

### **Eis ahi:**

si o comprador não deve carregar com a falta, e tanto não deve, que elle dispõe de acções proprias para completar o contracto, como, v. g., a *quantí minoris*, e o mandatario não é obrigado, segue-se irremediavelmente que o é o mandante.

b) Quanto á inserção da clausula de ficar o mandante obrigado a indemnizar o comprador no caso de falta das quantidades numeradas, mais do que a primeira, contem-se ella no contracto por sua propria natureza; de modo que, quando mesmo não expressa, tacitamente se deveria reputar escripta. A *ex empto*, a *quantí minoris*, e outras acções, o provam. Applicavel lhe é, portanto, o que ficou dito.

### **Portanto,**

A. está obrigado á indemnização que lhe foi pedida por C.

---

Releva notar que si o mandatario procedeu de má fé, e mesmo esta não pode ser opposta ao comprador si este por sua parte estava de boa fé — Domenget, obr. cit., n. 405 — tem o mandante acção contra aquelle si com as declarações feitas na escriptura de venda soffreu effectivamente prejuizo.

E' a isto que, segundo Glück, se refere Gaio no fr. 41 h. t.

Assim penso, salvo melhor juízo.

## **XIX**

— Não obrigam ao credor quaesquer arranjos que o devedor faça com terceiro para pagamento da divida.

— E só contra o devedor pode o credor propor a acção que no caso couber.

## **Consulta**

Evaristo constitue-se devedor de José da quantia de dez contos de réis para pagar-lhe em duas prestações, a 16 de Janeiro de 1893 e a 16 de Janeiro de 1894; venceram-se os prazos e Evaristo não effectuou o pagamento da divida. Evaristo, porém, era possuidor de uma fazenda, a qual acaba de vender a Francisco, que é seu pae, sem ficar com bens alguns que bastem para pagamento de sua divida. Francisco na escriptura de compra e venda assumiu a responsabilidade pelo pagamento da divida a José, *estipulando porém na dita escriptura para este pagamento o prazo de seis annos*. José, o credor, absolutamente não foi ouvido e não concorda com este prazo, pois a divida de que é credor, a qual tem por titulo uma escriptura publica já se acha, como ficou dito, ha muito tempo vencida.

Pergunta-se:

1º

Contra quem e qual a acção (ordinaria ou summaria) deve José propor para cobrança: contra Evaristo, que já nada possui, ou contra Francisco, comprador da fazenda? e nesta hypothese, este não pode oppôr-se em sua defeza que estipulou o prazo de seis annos para pagamento?

2º

Si Evaristo já tivesse sido citado para ver se lhe propôr a competente acção de cobrança, antes de effectuar a venda que fez, citação ainda não accusada em juizo, qual a solução: dever-se-á proseguir na acção contra Evaristo e executar a sentença que contra elle obtiver na fazenda vendida a Francisco, uma vez que não ficou com outros bens, ou contra o mesmo Evaristo requerer de novo a competente acção decendiaria, uma vez que a sua citação ficou circumducta?

**Respondo:**

Quanto ao 1º), que não havendo acção sem uma relação de direito pre-existente, a qual presuppõe um credor e um devedor, só entre estes mesmos é possível o exercicio da respectiva acção. Pelo que, somente contra Evaristo poderá José propor a acção que couber para o seu pagamento a qual é no caso, visto se tratar de escriptura publica, a de assignação de dez dias.

A convenção entre Evaristo e Francisco sobre a prorrogação do prazo, a que se allude na consulta, em coisa alguma obriga a José.

Quanto ao 2º), circumducta a citação de Evaristo, deve-se requerer nova, e obtida sentença condemnatoria, executal-a na fazenda vendida por elle ao pai. Vindo este com embargos de terceiro senhor e possuidor, deverão ser impugnados com o fundamento de ter sido a venda feita em fraude da execução — fraude que na hypothese se presume: 1º porque o devedor ficou insolvel — fr. 2º § 1º D. *quoe in fraud. credit.* (XLII, 9); 2º pela qualidade das partes, vendedor e comprador; presumpção que se mede pela maior ou menor approximação de parentesco, e não ha grao mais proximo do que o existente entre pai e filho — Bédarride, *Traité du Dol*, vol. 4º p. 51.

S. M. J.

## XX

— Questões e regras de hermeneutica testamentaria.

### Proposta

A. e B., casados segundo o regimen da communhão legal, tiveram, na constancia do matrimonio, dois filhos; mais tarde fizeram testamento, instituindo-se reciprocamente legatarios da terça um do outro.

Terminam seu testamento da maneira seguinte:

“... Disseram finalmente que, por morte do ultimo delles (testadores) ficará esta 3ª parte dos bens pertencendo a seus dous filhos, com a condição de só terem o usufructo sobre elles.”

Passados tempos, morreram os testadores.

Pergunta-se:

1º A quem pertence a propriedade dessa terça cujo usufructo foi, pelos testadores, legado aos seus dous unicos herdeiros?

2º Sendo apresentado em Juizo esse testamento, para, com os dizeres delle, tentar-se illidir a pretenção do successor de um dos legatarios, poderá elle successor, por meio de excepção, discutir a invalidade dessa condição e, portanto, do testamento, nessa parte?

Convem notar que, ao tempo do testamento, um dos filhos dos testadores era casado, e tinha alguns filhos.

### Resposta

Certo é que as disposições testamentarias se devem interpretar pelo que está escripto — fr. 16, *de cond. et demonst.* (XXXV, 1); fr. 19, *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2). *Plus valet scriptura quam per actum sit*, diz o ultimo daquelles fragmentos. Tanto assim que, quando a

letra é tão obscura, que por ella se não pode conhecer a vontade do testador, reputa-se não escripta a disposição — fr. 73 § 3º *de div. reg. jur.* (L, 17); fr. 3 *de reb. dub.* (XXXIV, 5).

Postas estas regras, deveremos concluir pela invalidade da disposição final, transcripta na proposta, visto ser impossivel, unicamente da sua letra, havermos como juridicamente constituido o usufructo ahi mencionado?

Sendo o usufructo — *jus alienis rebus utendi, fruendi* (*Inst., de usuf., II, IV proemb.*) — um desmembramento do dominio, é de necessidade logica que nelle presupponhamos duas ordens de direitos na mesma coisa: os direitos do senhor da coisa (o proprietario) e os direitos daquelle em favor de quem o usufructo é instituido (o usufructuario); pelo que, parece não podermos enxergar na transcripta verba tal relação de direito, por lhe faltar a designação explicita de um de seus termos necessarios, *scilicet*: o senhor da nua propriedade da terça em questão.

Entretanto, tambem é certo, como reflecte Cujacio, que ninguem se presume testar sem a intenção de que as palavras de que se serve tenham um sentido pratico.

Este conceito, o grande romanista expende como preambulo ao seu estudo sobre a theoria da interpretação das verbas testamentarias, theoria que elle fundamentalmente assenta sobre a seguinte regra principal: que se deve indagar a vontade do testador, quando são ambiguos os termos da disposição testamentaria — Cujacio, *in L. 19 de usu et usufr. leg.* citando o fr. 25 § 1º de leg., 3º (XXXII, 3), que assim dispõe: — *Cum in verbis nulla. ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quoesitio.* E então, approximando esta da outra regra ao principio exposta — que o testamento se deve interpretar pelo que está escripto — assim formúla Cujacio toda a sua theoria (*Oper.*, vol. 4º col. 669): *itaque cum manifesta sunt verba, obscura voluntas, frustra*

*disceptatur de voluntate; cumque manifesta est voluntas, verba ambigua, frustra de verbis sit controversia.*

Por outra: *voluntas testatoris non est quærenda si manifesta sunt verba.*

Ora, com estas regras penso que bem se póde vêr, naquella verba, um fideicommisso, do qual são fiduciarios os filhos dos testadores, e fideicommissarios os herdeiros destes ultimos.

E que parece manifesta nos testadores a vontade de estabelecerem um fideicommisso em favor dos netos, se demonstra não só pela consideração de que, a não ser assim, nada precisariam accrescentar á mutua disposição da terça que entre si fizeram, pois os filhos haveriam de succeder na herança inteira, por morte do ultimo dos testadores, como porque, ao tempo do testamento, um desses filhos já era casado e tinha filhos.

Nem se objecte com o emprego do vocabulo *usofructo*, feito no proprio testamento, pois até o legislador philippino, na Ord. L. 4º T. 91 § 2º, deu a mesma denominação a um verdadeiro fideicommisso, como o demonstra Teixeira de Freitas na nota ao art. 966 da Consol. das Leis Civis, e assim o julgou o Tribunal de Justiça deste Estado, na causa do Banco Constructor e Agricola contra os menores filhos do Commendador Joaquim Fernandes Cantinho Sobrinho.

Portanto respondo:

Ao 1º — que a propriedade da terça em questão pertence aos netos dos testadores.

Quanto aos mais, tenho-os como prejudicados.

Salvo melhor juizo.

## XXI

Nulla não é o instrumento de aprovação de testamento em que a pessoa, que assignou a rogo do testador, não foi nenhuma das testemunhas instrumentarias.

Pergunta-se:

Em vista da Ord. Liv. 4º tit. 80 § 1º, que expressamente manda que, no caso do testador não poder ou não saber assignar, faça-o a seu rogo *uma das cinco testemunhas instrumentarias*, será nulla o instrumento em que, alem das cinco testemunhas da lei, assignou, a rogo do testador, por não saber escrever, uma sexta pessoa?

## Resposta

E certo que aquella é a prescripção literal da Ordenação invocada, como é mais ainda certo accrescentar o texto que *d'outra maneira não será valido o testamento*.

A despeito, porém, de tão clara letra, sou de parecer que valido é o instrumento em que a pessoa que assignou a rogo do testador, por este não saber ou não poder fazel-o, não é nenhuma das cinco testemunhas de que falla a lei, mas sexta pessoa.

E a regra a vou buscar em varias razões.

a) A primeira no Ass. de 10 de Junho de 1817, que foi tomado justamente para evitar as iniquidades que a interpretação literal das disposições daquela Ordenação poderia trazer, e positivamente dispõe assim: que *as formas prescriptas na Ordenação nunca se devem entender de uma observancia supersticiosa, a qual, olhando só para a letra, destrúa a sua verdadeira intenção*.

Isto posto, e considerando que, na intenção da lei, a exigencia de cinco testemunhas não tem outro fim sinão garantir a liberdade e verdade da declaração testamentaria e a authenticidade do respectivo

instrumento, salta aos olhos que a fixação daquelle algarismo cinco indica apenas o minimo numero de testemunhas precisas para a validade do testamento. Portanto, si este numero fôr maior, por mais longe que chegar na cardinalidade arithmetica, tanto melhor para a verdade do testamento. E' inutil ir além de cinco; mas *utile per inutile non vitiatur*. e como em mais de cinco ha sempre cinco, e isto é que era util, velerá o testamento.

Aliás, sacrificariamos o espirito da lei e a vontade do legislador á supersticiosa observancia da letra legislativa.

b) A segunda, na propria fonte daquelle disposição philippina.

Com effeito, a nossa Ord. tem por fonte proxima a const. 21 *de Testam.* (VI, 23); esta, em vez de consentir que pelo testador, doente ou analphabeto, assignasse uma das sete testemunhas numerarias, mandava que o instrumento fosse assignado *octavo subscriptore*. Portanto, si a nossa Ord., que até reduziu a cinco o numero minimo das testemunhas instrumentarias manda que, naquelles casos, assigne pelo testador uma das cinco testemunhas, fêl-o no intuito apenas de facilitar a facção dos testamentos. Na phrase de Lobão, a nossa lei apenas quiz ser mais *indulgente* — *Not. a Mello*, 4º vol. p. 160.

c) A terceira, na legislação comparada.

De facto, varios codigos modernos são mais exigentes do que a nossa Ordenação, exigindo, no caso de não saber ou não poder escrever o testador, maior numero de testemunhas, e outros, si em parte acompanham o nosso direito, mandando que assigne uma das testemunhas numerarias, acrescentam entretanto — *ou outra pessoa*, consagrando assim explicitamente a doutrina acima expendida, isto é, que *quod abundat non nocet*.



Entre os primeiros — o cod. civ. fr. art. 977; o portuguez, art. 1916; o italiano, arts. 777 e 787 combinados; entre os segundos, o hespanhol, art. 695, 2ª parte.

d) A quarta, na jurisprudencia.

Acc. revisor da Relação do Rio, de 21 de Abril de 1874, *ibi*: *Assignando o instrumento de approvação, e a rogo da testadora, Fulano, presente ao instrumento com as cinco testemunhas ahi nomeadas, ficou perfeitamente satisfeito o intuito da lei, e garantido o acto, acima da segurança exigida pela mesma lei — O Direito, IV, 357;*

Acc. revisor da mesma Relação, de 3 de Dezembro de 1878, *ibi*: *nada importa que assignasse o auto de approvação mais uma testemunha alem das do preciso numero, segundo a lei: pois que essa superabundancia de formalidades, em vez de prejudicar, mais robustece a verdade do testamento — idem, XIX, 135;*

Acc. unanime do Tribunal de Justiça deste Estado, de 31 de Outubro de 1897, *ibi*: *Allega-se afinal que assignou o testamento a rogo da testadora não uma das testemunhas do acto, como aliás quer a Ord., e sim uma 6ª. Comquanto assim disponha a lei, é certo que a sua inobservancia, no ponto em questão, em vez de feril-a, vem melhor satisfizer seus intuitos, pois é mais um elemento de prova, que por certo ella teria exigido se isso não importasse um augmento de dificuldade na facção testamentaria — Gazeta Juridica, XV, 126.*

e) A quinta, finalmente, na *communis pinio*. Assim Lobão, *loc. cit.*; Dias Ferreira, ao art. 1916 Cod. civ. port; Corrêa Telles e Pires Ferrão nos respectivos *Manuaes dos Tabelliães*; Ferreira Alves, *Consol. das Leis da Provedoria*, etc., etc.

Por ultimo diremos que no Juizo de Direito de Itú já sustentámos esta doutrina, na causa de Manoel Rodrigues de Arruda

Sobrinho e outros v. Antonio da Silveira Arruda e outros. Foi assim julgado na 1ª instancia, e tendo os autores appellado, deixaram desertar o recurso.

Eis o meu parecer.

*Agosto — 900.*

## XXII

— Cabe a acção revocatoria ou Pauliana contra a hypotheca que de todos os seus bens faz o devedor insolvente em favor de um dos credores em prejuizo dos outros.

### Exposição

Martinho deve a varios credores, mais de 200 contos de réis. Em reunião previamente convocada, propôz o devedor pagar a todos os credores, em prazo determinado, 60% do passivo. A proposta foi acceita.

Entretanto, pendente aquelle prazo, Martinho, acceitando novas letras de um dos referidos credores, por ellas outorgou a esse credor uma escriptura de hypotheca comprehensiva de todos os seus bens.

Em vista disto, alguns credores propuzeram, contra Martinho e seu credor, acção de nullidade de similhante hypotheca, acção que foi julgada improcedente sobre os dous seguintes fundamentos:

a) Não caber a *Pauliana* sinão quando o devedor *aliena* bens em fraude de credores, ao passo que na hypothese, Martinho, longe de alienar, hypothecou.

b) Ter aquelle credor usado de um direito procurando garantir seu credito.

Pergunta-se:

Deve ser appellada a dita sentença? Haverá probabilidade de ser reformada na segunda instancia?

Pede-se que seja fundamentada a resposta.

### **Resposta**

Da simples exposição dos factos resulta o erro em que incide a sentença de que se trata.

Nenhum daquelles pretendidos fundamentos resiste á applicação do direito.

A competencia da acção revocatoria ou *Pauliana* é manifesta. Já o demonstrámos na appellação n. 988, de Taubaté, entre partes Francisco Moreira Damasco e outros v. Marcondes, Machado & C.<sup>ia</sup> e outros. A hypothese é similhante, e ali fôra julgada nulla a hypotheca por sentença da 1<sup>a</sup> instancia, do saudoso e illustrado desembargador Aureliano Coutinho, sentença confirmada pelo accordam unanime de 20 de Maio de 1884.

E como se me pede que fundamente as razões do meu parecer, passo a reproduzir as allegações que produzi naquella causa. São literalmente applicaveis ao caso presente.

“Contra a sentença que julgou competente e provada a acção, allegam os Appellantes, nas razões de fl. 140, que a acção Pauliana, conforme o Direito Romano e a lição dos jurisconsultos, compete ao credor contra o *possuidor* dos bens do devedor, *alheados* por este, e *adquiridos* por aquelle, com o sinistro intento de fraudar o pagamento da divida; mas não adquirindo nem possuindo o credor os bens hypothecados, visto é que aquella acção é inapplicavel á especie dos autos.

Ha nesta proposição um grosseiro erro de direito.

O edito do pretor Paulo, que ligou o seu nome a acção *Pauliana*, foi promulgado, como refere Ulpiano no fr. 1º, § 1º, *quoe in fraudem creditorum* (XLII, 8), em faver dos credores para haver-se como

revogados *todos os actos* praticados pelo devedor em prejuízo de seus credores — *revocanda ea quoecumque in fraudem eorum alienata sunt*.

A expressão *alienata sunt* não compreende sómente a alienação do domínio, mas qualquer acto que no sentido do direito importe em alienação ou disposição prejudicial aos credores. “Le mot *alienare*, diz Mainz sobre aquelle texto (§ 381 nt. 26) doit être pris dans le sens le plus étendu. Il comprend non seulement l’aliénation et le transfert d’un droit de propriété, mais encore la constitution d’un *jus in re*, et spécialement d’une hypothèque.”

“La parola atto non ha in questa materia, diz Georgi (*Effetti delle obbligazioni*, n. 312), senso giuridico speciale, ma il più lato, il più generale significato possibile. Comprende tutto quello, che siasi dal debitore con fati positivi recato ad effetto per defraudare i creditori.”

Com effeito, si tal não fosse a unica lição aceitavel, nenhuma applicação teria o § 2º do mesmo fragm., onde decide Ulpiano: “*Ait ergo proetor, quoe fraudationis causa gesta erunt. Hoc verba generalia sunt, et continent in se omnem omnino in fraudem factam, vel alienationem, vel quemcunque contractum.*”

E’ por isto, e tal é a especie dos autos, que o frg. 2º sobre o livro 73 do edito, estatue que, si o devedor constituiu um penhor ou tornou a condição de um credor melhor em fraude dos outros, certo é que o edito deve ter logar. *Et si pignora liberet, vel quem alium in fraudem creditorum proeponat... palam est edictum locum habere* — Vide Pothier, *ad. Pand.*, h. t. n. IV.

Mais expresso é o fr. 10 § 13 que estende a acção Pauliana contra o credor que recebeu um penhor pela divida anteriormente contrahida. — *Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur: ut et soepissime constitutum.* —

E assim tem sido muitas vezes decidido.

Nem obsta o fr. 13 do mesmo titulo — *Illud constat, eum qui pignus tenet, hac actione non teneri*. Basta vêr Godofredo, *Conciliatio legum*, text, ibi: “*Qui pignus a fraudatore accepit, non tenetur, nisi fraudis particeps sit, h. l. 10 § 13 In textu vero opposito excipitur is, qui in fraudem aliorum creditorum accepit pignus. Neque obstat, quod in. d. l. 10 § 13 nulla fiat mentio fraudis, quia facilè suppletur ex proecedentibus §§ in quibus agitur de solutione fada in fraudem creditorum* — ed. de Pinei, vol. 2º pag. 104.

E' pois evidentemente certo que, segundo texto formal de lei, cabe a acção Pauliana contra as hypothecas celebradas em fraude de credores. Larombière, ao art. 1167 ns. 8, 37, etc. — *Senza dubbio* diz Arndts., trad. de Serafini, § 228 nt. 3 i. f., *senza dubbio la costituzione di un pegno può dare giusta occasione all'azione Pauliana*.

A hypotheca é uma especie de pignus; é o penhor sem a transferencia da posse; é o actual penhor dos immoveis. A constituição da hypotheca importa em alienação, porque em virtude della, destacam-se em favor do credor hypothecario direitos reaes, que limitam o dominio do devedor. Merlin, *Rép., vb. Priv. de créance*, sect. 1ª.

---

Assim formalmente justificada a competencia da acção proposta, perdem toda significação as pretensões dos Appellantes com fundamento nos frgs. 6 § 7 e 10 § 16 *quoe in fraud. credit*.

Não se contesta que o credor, recebendo o que lhe é devido, antes de estarem seguros (*missio in bona*) os bens do devedor, e posto que conheça a insolvabilidade deste, usa de um direito, segundo a regra *nihil dolo creditor facit, qui suum recipit*. — fr. 129 de *Reg. Jur.* E' o caso de se dizer, que o credor acautelou simplesmente os proprios interesses, *sibi enint vigilavit*.

Mas a esta regra fazem os textos e a doutrina restricções, que são outras tantas prohibições ao procedimento do credor. Uma dellas, e que não depende de fraude da parte do devedor, ou do credor favorecido pelo pagamento eu pela constituição de um *jus in re* para garantia de seu direito, está expressa no fr. 24 *quoe in frad. cred.* E' a vigilancia dos outros credores, visto como o edito não procede em favor dos negligentes — *quoniam alii creditores suoe negligentia expensum ferre debeant*. Ora, a vigilancia dos Appellados consta *passim* dos autos, tanto que em suas diligencias, elles andaram associados com o Appellante Damasco. O acto fraudulento que este posteriormente celebrou com o devedor commum, escapava, por sua propria torpeza, das previsões mais atiladas. De mais, o compromisso tomado pelos Appellantes devedores, de pagarem, no prazo de 30 dias, 70% do passivo, era uma garantia provocada pela diligencia dos Appellados.

A segunda restricção é corollario logico dos mais racionaes principios do direito natural. “Sans doute, diz Larombière, en me constituant votre débiteur, je ne me suis pas interdit le droit d'aliéner mes biens, je puis les donner, les vendre, les échanger, mais sous la condition toujours sousentendue, que mes obligations seront exécutées de bonne foi, ce qui emporte l'exclusion et l'interdiction de tout acte frauduleux” — Larombière, loc. cit. n. 1. A fraude é exclusiva de todo direito, e sobre ella assenta a acção pauliana com auxilio dos preceitos — ninguém se deve locupletar com a jactura alheia — cada qual é responsavel pelo damno que causar por facto proprio — Mazzoni, *Istit. di Dirit. Civ. Ital.*, 3ª ed., IV, 204. São preceitos philosophicos de direito, por si mesmos demonstrados.

A liberdade, pois, que os Appellantes se attribuem *de regularem os seus negocios ou interesses do modo que melhor lhes parecesse*, é, como argumento de defesa, um paralogismo: assenta sobre um raciocinio falso.

Podiam, mas não deviam. *Potuit sed non debuit*, diz precisamente sobre a hypothese o profundo Cujas, Obs. XX, vol. 1º col. 483, sob a rubrica — *Non omne quod licet, honestum est*.

Resta indicar a prova das condições exigidas para o uso da acção pauliana, e que são:

1ª Que o acto de que se queixam os credores lhes tenha causado prejuizo.

2ª Que haja sido celebrado com fraude.

#### *1ª condição*

Para que o acto prejudicial aos credores dê logar á acção, é preciso — Mazzoni, *loc. cit.*:

1º Que por elle se torne insolvavel o devedor, ou se agrave a sua insolvabilidade — Toullier, VI, 344 e segg.; Duranton, X, 572.

2º Que o prejuizo resulte do mesmo acto de que se queixam os credores, isto é, *che l'atto medesimo*, como se exprime Mazzoni, *abbia causato o aggravato l'insolvabilità del debitore, diminuencione il patrimonio* — Marcadé, ao art. 1167, vol. 4º pag. 403; Giorgi, n. 313.

3º Que o credito, em razão do qual se apresenta o credor impugnando o acto rescindendo, seja de data anterior a este mesmo acto — Marcadé, pag. 408.

Os autos fornecem abundantissimas provas de cada qual destas circumstancias.

A insolvabilidade dos devedores Appellantes é facto judicialmente confessado — vid. art. 4º da contrariedade a fl. 55 v. e allegações de fl. 104 *ibi.*: *que não estavam em estado de pagar aos credores* — e fl. 105 v., *ibi.*: *renderam-se á discrição*; e quando o não

estivesse, é notório, e o prova a proposta do pagamento com rebate de 30%. Si pois estavam os devedores já insolváveis ao tempo em que fraudulentamente melhoraram a condição do credor Appellante, visto é que o acto rescindido pela sentença appellada agravou a insolvabilidade. O gravame foi mesmo absoluto, pois na dolosa hypotheca de fl. 41 *nenhuma reserva* de bens fizeram os devedores. A hypotheca absorveu toda e qualquer garantia dos credores; tornou, portanto, absoluta a insolvabilidade já existente.

E assim fica palpavelmente provada a concorrência daquellas duas circumstancias.

Quanto á ultima, nem a contestam os Appellantes. Os creditos dos Appellados são todos anteriores á escriptura de fl. 41; e bastava que o fosse o de um só delles para proveito dos outros — Marcadé, pag. 407; Durantón, X, 574.

Sendo, portanto, incontestavel o prejuizo que aos Appellados causou o acto rescindido, é tambem incontestavel que concorreram todas as circumstancias juridicas segundo as quaes tem logar a acção pauliana com relação ao prejuizo, ou *effectus, eventus damni*, na expressão dos jurisconsultos.

## *2ª condição*

Tratando-se de acto por titulo oneroso, a fraude ou *consilium fraudis* deve concorrer tanto da parte do devedor (*consilium fraudandi ex parte debitoris*) como da parte daquelle com quem o devedor contracta (*fraudis non ignorantia ex parte tertiæ*) — frg. 1º pr.; 6 § 8º; 10 pr.; etc. *Quoe in fraud. credit.*; Mazzoni, loc. cit.

Definindo os termos constitutivos da fraude por parte do devedor, assentam todos os escriptores como regra geral, — que não é necessario verificar-se propriamente a intenção de prejudicar a este ou



áquelle credor. Basta a *consciencia de prejudicar* — Giorgi, n. 272 — e esta consciencia presume-se, sempre que o devedor sabe que já está ou vai ficar insolvavel por força do acto a praticar — Mazzoni, loc. cit.; Toullier, VI, 349; Aubry et Rau, III, 91 — *Questa scienza si deve facilmente ammettere, diz Mazzoni, essendo inverosimile che alcuno ignori, sino a tal punto, lo stato dei propri affari.*

Laurent (XVI, 441) assim define o consilium fraudis da acção pauliana: “Il y a dessein de frauder, dit Toullier d’après Voet, lorsque le débiteur connaît le mauvais état de ses affaires; il sait qu’il est insolvable et que l’acte qu’il se propose de faire va augmenter son insolvabilité et néanmoins il le fait; ou il sait que l’acte qu’il va faire le rendra insolvable et néanmoins il le fait; il lèse donc les droits des créanciers, le sachant et, par conséquent, le voulant: telle est la fraude que l’on exige dans l’action paulienne”.

A lei romana, observa Larombière, ao art. 1167 n. 6, ia mais longe: *qui creditores habere se scit, et universa bona sua alienavit, intelligendus est fraudandorum creditorum animum habuisse* — frg. 17 § 1º eod. — Vid Voet., *ad Pand.*, t. XIV ; Pothier, *eod.* n. XIV.

Ora, indicar a prova do concurso desta condição da parte dos Appellantes devedores, o mesmo fôra que recapitular o historico da causa, e reproduzir toda a prova exhibida. O que está patente, mostra-se por si — é evidente. E quando mesmo por ventura pretendessem os Appellantes, com audacia que seria incrivel, allegar ignorancia da propria insolvabilidade, o citado frg. 17 obstar-lhes-ia esta aggravante da fraude, que sempre se presume quando o devedor aliena ou grava todo o seu patrimonio — Arndts, § 228; De Crescenzo, *Diritto Romano*, § 405; Voet, *loc. cit.*

Quanto ao Appellante Damasco, sua fraude está tambem palpitando do proprio historico do feito. Si para caracterizar a fraude daquelle com quem o devedor contracta, a regra e a do frag. 10 §§ 2 e 4 h. t.: *sciente, sic accipimus, te conscio et fraudem participante* —

Larombière n. 30 — basta ponderar, para que a sua applicação á especie dos autos seja rigorosamente exacta, que: 1º) tanto Damasco sabia que os devedores estavam insolvaveis, que acceitou-lhes, com os Appellados, a proposta do pagamento de 70%; 2º) que conhecendo a existencia dos outros credores, aggravou o passivo dos devedores, com hypotheca de *todos* os bens, e portanto tinha consciencia de que concorria directamente para o acto fraudulento que áquelles prejudicava. E taes são os caracteristicos da complicitade na acção pauliana — Arndts, loc. cit. pag. 75, e todos os autores citados.

A fraude do Appellante Damasco foi tanto mais escandalosa quanto partiu de um acto de manifesta deslealdade para com os Appellados. Todos os credores, por accordo commum, se haviam sujeitado a perder 30% dos seus creditos, na forma da proposta dos devedores; mas Damasco rompeu o accordo, e segurando-se com todos os bens dos infieis devedores, faz novo contracto com estes, em prejuizo total daquelles, e toma na comedia da fraude o mais saliente dos papeis.

E agora, calcando aos pés todos os preceitos do direito e da moral, vem impudentemente dizer aos tribunaes: *"Qui suum recipit, nihil dolo facit!"*

---

E em vista do exposto respondo que deve ser appellada a sentença de que se trata. Sua reforma é seguramente de esperar.

*Outubro, 1897*

### XXIII

— Fóra dos casos de fallencia e insolvabilidade, não é licito ao credor por segunda hypotheca, não estando vencida a primeira, penhorar e excutir o immovel hypothecado.

— Nem contra esta conclusão procede a circumstancia de se haver o segundo credor constituido cessionario da primeira hypotheca.

— Dado procedimento contrario, pode o devedor pedir a pronunciação judicial da nullidade da execução que tal credor levou a termo, e cumulativamente indemnização por perdas e danos.

— Si esse mesmo credor tiver sido o arrematante, cessando a seu respeito a presumpção de boa fé, fica obrigado á prestação dos fructos percebidos enquanto esteve na posse do immovel.

Pergunta-se:

1º) Será licito ao credor por segunda hypotheca, não estando ainda vencida a primeira, penhorar e excutir o immovel hypothecado?

2º) Si negativamente, terá força de modificar essa solução a circumstancia de se haver o segundo credor constituido cessionario do primeiro no respectivo titulo?

3º) Dada ainda a negativa, pode o devedor pedir a nullidade da execução que, pela segunda hypotheca, o credor levou a termo?

Por que meio?

4º) Pode cumulativamente pedir indemnização por perdas e danos?

5º) Annullada a execução, fica o arrematante obrigado a restituir fructos?

E sendo elle proprio credor?

**Respondo:**

1º)

A duvida vem de não haver a nova legislação hypothecaria de 1890 reproduzido a disposição do art. 84 do Dec. n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, *ibi*:

— Dado o caso de duas ou mais hypothecas sobre o mesmo immovel, não podem os credores por hypothecas posteriores e de prazos

menos longos, promover a execução sobre o immovel hypothecado antes de vencidas as primeiras hypothecas, para que possa haver a disputa sobre a preferencia, de que trata o § 3º do art. 292 do Reg. n. 3453 de 26 de Abril de 1865.

E a duvida se robustece com a ponderação de haver mais do que silencio na nova lei: ha, no art. 408 do Reg. n. 370 de 2 de Maio de 1890, a expressa revogação do cap. V do Tit. I daquelle Dec. n. 9549, no qual se contem o citado art. 84.

Entretanto, penso que aquella regra subsiste, e por varios motivos:

a) porque a razão ahi explicita não póde deixar de se manter ainda hoje e emquanto não fôr abolido o instituto das preferencias;

b) porque assim exige o proprio systema do direito hypothecario; aliás, prejudicada ficaria a primeira hypotheca, visto que o primeiro titular, por não ser ainda exigivel o seu credito, não teria o direito de excutir, contra o segundo credor, o immovel hypothecado;

c) porque outra coisa não é licito induzir da disposição contida no art. 19 § 1º do Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, segundo a qual os credores por hypotheca não inscripta em primeiro logar e sem concurrencia, só por via de acção ordinaria de nullidade ou rescisão poderão invalidar os effeitos da primeira hypotheca, a que compete a prioridade pelo respectivo registro;

d) porque, sendo certo que a hypotheca, no systema da lei, grava integralmente o immovel, de modo que só depois de solvida a primeira hypotheca, é que das sobras do valor do immovel, si as houver, se pagará o segundo credor, forçosamente se conclue que este não passa de credor chirographario respectivamente ao primeiro; e ninguem ainda pretendeu conferir aos chirographarios o direito de excutir os immoveis gravados de hypothecas não vencidas;

e) porque, como mostraremos adiante, semelhante preceito não foi introduzido sómente em benefício do credor, sinão também do devedor, e este tem o direito de fazer esperar que chegue o prazo mais longo da primeira hypotheca.

Por essas e outras razões, que seria demasiado apontar, respondo negativamente.

## 2º)

Nem tal regra se deverá ter como modificada pela circumstancia de se haver o segundo credor hypothecario constituido cessionario do primeiro. E a razão é a já apontada sob a letra e.

Si a inibição, em que está o credor por segunda hypotheca, de excutir o immovel hypothecado enquanto não se consumiria o vencimento da primeira, fosse introduzida unicamente em favor do primeiro credor, não haveria como obstar a execução da segunda, sempre que o primeiro nada lhe oppuzesse, ou que, como na hypothese, se tivesse o segundo constituido cessionario do primeiro.

Mas peremptoriamente contestamos o presupposto do favor unilateral.

Em primeiro logar, porque o prazo posto ao cumprimento ou vencimento das obrigações sempre se presume estipulado em favor do devedor. Assim disse Ulpiano no fr. 41 § 1º de V O. (XLV, 1) *diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore*. E a razão é porque, decorrente o prazo, não póde o devedor ser coagido ao pagamento. *Enim*, disse Celso, *totum medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur* — fr. 70 de solut. (XLVI, 3).

Cons. Cod. Napoleão, arts. 1186 e 1187, Cod. civ. ital., art. 1175 e port., art. 740.

E é por força deste preceito que a Ord. L. 3º Tit. 35 repelle, sob sanção penal, o pedido que é ajuizado antes do vencimento da dívida, como também, pela mesma regra, não é lícito ao credor impugnar o pagamento que se lhe oferece antes de findo o termo — Huc, *Cod. civ.*, VII, pag. 384; Dias Ferreira, *Cod. civ.*, II, 245.

Mas salta aos olhos que, no caso da consulta, a execução promovida para pagamento da hypotheca inscripta em segundo lugar, tendo o sido antes do vencimento da que o foi em primeiro, posto que individualmente seja agora um só o credor, aniquillou os efeitos do prazo maior dentro em cujo curso poderia o devedor se apparelhar para a solução até das duas hypothecas.

Em segundo lugar, e no rigor do direito, com o procedimento havido, vem afinal o credor a excutir o immovel para pagamento de hypotheca ainda não vencida, visto que a sua dupla qualidade de segundo credor hypothecario e cessionario do primeiro, absolutamente, não se tratando de fallencia ou de insolvabilidade, não lhe poderia dar direito ao vencimento da dívida cedida.

Imaginemos, por mais absurda que pareça a hypothese, que a unidade de credores não vem da cessão do primeiro no segundo, mas que o primeiro credor e unico acceitou segunda hypotheca sobre o mesmo immovel, a prazo mais breve do que o estipulado na primeira. Vencida a segunda, terá elle o direito de executar o devedor? Ninguém dirá que sim.

Logo, aquella regra favorece também o devedor.

Depois, é axioma de direito — que *nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam vel proejudicium* — fr. 75, *de reg. jur.* (L, 17); *Cod. civ. ital.* arts. 1151, 1218, etc., etc.

Mas, então, com que direito o credor, que concedeu certo prazo, ainda não consummado, ha de executar o devedor só porque se fez

cessionario de outro credor por titulo vencido sobre o mesmo immovel? Que seria então dos inconcussos principios acima firmados: que o prazo suspende a exigibilidade da obrigação? que o segundo credito hypothecario só é exigivel depois de vencido o primeiro em inscripção? Pois então não será verdade que taes principios se prendem ao regimen hypothecario, principios que, sem duvida, não foram introduzidos em beneficio dos mutuantes somente, sinão em favor do credito, o que quer dizer, em beneficio delles e auxilio dos mutuarios? E que seria, sinão derrocar o credito, autorizar o que aqui se pretende?

Foi sem duvida movido por taes considerações que Clovis Bevilaqua consignou a seguinte nova regra no art. 957 do seu Projecto de Codigo Civil: *“Na hypotheca posterior não pode ser estipulado prazo que termine antes do vencimento do anterior”* regra que o intelligente deputado Azevedo Marques — como se lê no *Jornal do Commercio* de hontem, tornou mais clara, para o sentido que ora estamos defendendo, com a seguinte emenda: *“O vencimento da hypotheca posterior ficará sempre dependente do maior prazo estipulado para o vencimento da anterior.”*

Onde está a menor coisa que autorize a concluir que tal regra só poderá aproveitar ao credor? que só em beneficio deste prevalece?

Portando, conclúo ainda pela negativa.

### 3º

E' principio indiscutivel de direito — que nullo é tudo quanto se faz contrariamente á lei — const. 5ª de leg. (1, 14); fr. 7 § 16 de pact. (II, 14).

E' tambem certo que o acto nullo não produz effeito — cit. const. 5ª; e como si não existisse — Ord. III, 63, 5.

Isto posto, parece fóra de duvida poder o devedor pedir a pronunciação judicial da nullidade da execução feita nos termos da consulta; e o póde fazer ou por via de embargos, si ainda for tempo, ou

por acção ordinaria rescisoria, como parece caber na especie, visto se ter feito a arrematação do immovel hypothecado e não consta que se não tivesse ainda assignado a respectiva carta — Vide a nossa *Theoria do Processo*, §§ 280 e 281, 3º vol., pag. 333.

4º

Sem duvida que sim. Dado o prejuízo, de que foi causa o credor — *Qui occasionem proestat, damnum fecisse videtur*. fr. 30 § 3º *ad leg. Aquil.* (IX, 2) — contra elle, com a acção rescisoria acima referida, pode o devedor accumular a de indemnização — cit. *Theor. do Processo* § 26, 1º vol. pag. 123.

5º

A regra da Ord. L. 3º tit. 86 § 4º é, que o arrematante, annullada a execução, não fica obrigado a pagar, com a restituição dos bens arrematados, os fructos — *as novidades*, na phrase do texto — pois que os faz seus, como possuidor de boa fé. Entretanto, si o arrematante é o proprio credor, e a arrematação é annullada como consequencia da nullidade da acção por elle illegalmente proposta, deve cessar a presumpção de boa fé, e o credor obrigado á prestação dos fructos percebidos, emquanto esteve na posse do immovel.

A nota 888 de Pereira de Souza illustra fartamente este ponto.

No caso da consulta, deve o credor restituir os fructos; compensando-os, porém, com o valor das bemfeitorias que houver feito no immovel — cit. Ord. § 5º.

Eis o meu parecer, que sujeito á censura dos doutos.

5 de Dezembro de 1901.



## XXIV

— Do pagamento com subrogação no direito hypothecario.

— E' licito ao 2º credor hypothecario subhastar o immovel onerado, para, pagando o credito do 1º, ficar subrogado nos direitos delle, e promover, quando parecer melhor, nova praça para o fim de se reembolsar das sommas que despendeu.

— Nem o 1º credor, com dizer que opta pela antichrese, pode obstar aquelle pagamento, que é obrigado a receber.

## Resposta

Ao 1º Sim — e com todos os effeitos da subrogação legal.

Pelo chamado *jus offerendi* do primitivo direito romano, tinha o segundo credor hypothecario a faculdade de subhastar o immovel onerado, para que, cessado o interesse do primeiro credor, tomasse-lhe o lugar o segundo, a cujo arbitrio desde então ficava promover a revenda publica do dito immovel no momento que mais opportuno fosse. Com a evolução do direito, desapareceu a necessidade do *jus offerendi* porque se deu a qualquer credor hypothecario posterior o direito de se subrogar nos direitos e privilegios do primeiro, uma vez que lhe fizesse o pagamento integral do respectivo credito; "subrogação mediante a qual o credor posterior toma o lugar do precedente — *in locum ejus succedit* — para o fim unico de se reembolsar das sommas que lhe pagou, nunca para se pagar o proprio credito, que permanece no gráo em que estava." — Giorgio Giorgi, *Obbligazioni*, VII, 189.

Tal é o instituto hoje chamado *pagamento com subrogação*, que *ad instar* da cessão, transfere ao credor solvente os direitos do credor solvido, *com todas as suas qualidades, privilegios e circumstancias: cum omnibus suis qualitatibus, privilegiis et circumstanciis*, no dizer de Reynoso, *Observ.* VIV, n. 2.

Construído assim o direito romano em sua renovação progressiva, foram as mais claras e positivas as regras enunciadas nas sentenças de Paulo e promulgadas no Código de Justiniano.

— *Novissimus creditor priorem, oblata pecunia quo possessio in eum transferatur, dimittere potest*; quer dizer: Novo credor bem pode, pagando ao primeiro, tornar-se único possuidor da hypotheca — *Sent. de Paulo, II, 13, 8.*

— *Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus*; quer dizer: o segundo credor, que paga o crédito do primeiro, transfere a si o penhor — *const. 22 de pignor. et hypot. (VIII, 14).*

— *Si prior respublica contraxit, fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerenti pecuniam potestas est, ut succedas etiam in jus reipublicae*; quer dizer: Se a obrigação contraída em favor da República é a primeira em data, o imóvel lhe fica obrigado; mas a ti é permitido, como segundo credor, pagar o que é devido à República, e por este pagamento ficas em seu lugar e succedes em seus direitos — *const. 4ª, de his qui in priorum creditorum locum succedunt (VIII, 19),*

— *Qui pignus secundo loco accepit, ita jus suum confirmare potest, si creditori debitam pecuniam solverit* — Brunnemann, ad L. 1ª Cod. si antiq. credit. pign. vend. (VIII, 20); Voet, XX, 4, 34 e segg.; Lafayette, *Dir. das Cousas*, § 212.

“Il diritto del creditore ipotecario soddisfatto passa *ipso jure* all' offerente, senza bisogno di una speciale cessione.” Glück, *Com.*, § 1097, trad. de Ascoli, na ed. de Serafini e Cogliolo, XX, p. 404.

E a razão da regra está no manifesto interesse do 2º credor, que só mediante a subrogação pode evitar que a excussão da hypotheca pelo 1º deixe-o sem sobras, que lhe garantam o próprio crédito. — *Quo*

*minus creditor, qui antea pignus accepit distrahat; non offerendo secundus priori debitum, interpellare non potest* — const. 3<sup>a</sup> *si antiq. cred* (VIII, 20).

Nem se pretenda haver contradicção em tal doutrina, opondo ser absurda a subrogação em um credito que se extinguiu pelo pagamento. A objecção foi prevenida pelos escriptores e irrefutavelmente destruida, sem mesmo ser necessario recorrer a Merlin, *Répert* vb. *Subrog. de person.* sec. 2<sup>a</sup> § 1<sup>o</sup>, e a Bugnet à *Pothier*, n. 556 nt. 3 e n. 559 nt. 1 (citados em Lacerda de Almeida, *Obrig.*, nt. 5 ao § 14), segundo os quaes, posto que extincta a divida pelo pagamento, subsistem por effeito da subrogação os accessorios della, como fianças, hypothecas etc. A divida paga se extingue, não ha duvida; mas resurge nova obrigação, para a qual, como bem diz o cit. Lacerda de Almeida, por ficção da lei transpassam e se transmittem todas as qualidades, privilegios e garantias da divida extincta.

E esta ficção da lei romana foi expressamente adoptada nos codigos modernos, como:

o francez, art. 1251, que tambem usa da locução *de pleno direito*;

o italiano, art. 2011;

o portuguez, art. 779, 1<sup>o</sup>;

o allemão, art. 268<sup>\*</sup>;

o chileno, art. 1610, 1<sup>o</sup> etc. etc.

Tambem não obsta a conclusão supra a circumstancia de se oppôr o primeiro credor a que o segundo faça o pagamento — 1<sup>o</sup>), porque a regra geral de direito é que o pagamento póde ser feito por quem quer

---

\* Ultima e a mais apurada condensação do direito civil, este artigo deve ser aqui transcripto: “Si o credor promove a execução forçada sobre coisa pertencente ao devedor, qualquer pessoa exposta a perder, por essa execução forçada, um direito sobre esse objecto, tem o direito de pagar ao credor... Nos limites em que o terceiro satisfaz o credor, fica subrogado no credito.”

que seja *aut invito debitore aut invito creditore* — frs. 23 e 40 *de solut.* (XLVI, 3); Cod. civ. fr., art. 1236; Cod. civ. ital., art. 1238; G. Giorgi, VII, 101; 2º) porque, na hypothese da consulta, o devedor autorizou o segundo credor, na propria escriptura de mutuo, a pagar a primeira hypotheca, e não só é certo que as dividas hypothecarias contraídas com sociedades de credito real podem ser pagas antecipadamente, observadas as disposições dos arts. 304 a 308 do Dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890, como que na especie o proprio Banco mutuante considerou a divida como vencida, e tratou de executal-a.

E fica assim demonstrada a nossa affirmativa.

Ao 2º) Esta mesma affirmativa bastaria para dar logicamente por prejudicado este quesito. Si C. tinha o direito, como tem, de forçar o Banco a receber o pagamento integral de seu credito, não pode deixar de tel-o para se oppôr á antichrese por este requerida.

Nem obstem os arts. 342 e 344 do cit. Dec. n. 370, porque taes disposições não cogitaram de innovar o direito geral, que permute o pagamento com subrogação. A faculdade conferida ás sociedades de credito real de, entre a excussão e a antichrese do immovel hypothecado optarem por esta, necessariamente presuppõe uma divida a cobrar; mas si a consignação judicial do debito extingue a divida, fôra absurdo fallar em antichrese depois desta extincção.

E contra tão injuridica pretensão do mutuante já pago, tem C. o direito de vir com artigos de opposição, os quaes não vejo como possam ser desattendidos:

1º) porque manifesto é o interesse de C.; e si, segundo direito, provado este interesse, é o primeiro credor obrigado a receber o pagamento que se lhe offerece, uma vez que seja total, isto é, representativo do capital, juros e mais accessorios garantidos pela hypotheca; podendo o credor offferente, no caso de recusa, fazer o

depósito judicial, equiparado este ao pagamento efectivo (frs. 11 § 4º *qui pot. in pingn*, XX, 4; const. 1ª *eod.*, VIII, 17; const. 9ª *de solut*, VIII, 42; Glück, loc. cit. pag. 403), claro é que contra a antichrese será inabalável a opposição que se fundar na consignação já feita:

2º) porque, inversamente, nenhum é o interesse do Banco em recusar o pagamento, já que a solução de seu crédito está exclusivamente presa á obrigação de dar e não á de fazer, sendo certo que só nesta ultima especie de obrigações pode entrar em linha de conta a pessoa do devedor — Cod. civ. fr. art. 1237; Cod. civ. ital., art. 1239; G. Giorgi, VII, n. 123.

Em taes artigos de opposição, que devem ser produzidos nos autos em que o Banco requereu a conversão de seu crédito hypothecario em antichrese, antes que esta seja julgada pela sentença exigida no art. 343 do cit. Dec. n. 370, é sem duvida que C. poderá allegar toda materia que exclua a mesma antichrese, como por ex., não vencimento da 1ª hypotheca etc. etc.

Ao 3º) Sem duvida que não. Citado A. para a acção de depósito em pagamento, já lhe não era licito requerer a antichrese enquanto, por sentença definitiva, não lhe fossem recebidos os embargos com que viesse áquella acção. E si algum juiz, ainda pendente a instancia da dita acção, julgar por sentença a referida antichrese, não procederá correctamente, visto que, repetimos, o pagamento exclue fatalmente a antichrese.

S. M. J.

4-3-98.

## XXV

1º) Na partilha de um crédito hypothecario, cada herdeiro do de cujus adquire direito real sobre a integralidade do immovel hypothecado, pois que,

2º) Embora se divida o immovel hypothecado, continua elle a responder integralmente por todas e cada uma das partes em que se dividiu o credito.

3º) Os co-successores do credito hypothecario não podem se oppor a que qualquer delles execute, pela sua quota, o immovel hypothecado.

4º) Evita-se a excussão:

a) pelo deposito em pagamento, ou

b) pela remissão.

No inventario de X foi partilhado por cinco herdeiros um credito que, sobre hypotheca, tinha elle contra Z.

Querendo um dos herdeiros executar a parte que lhe coube nesse credito, outros se oppõem.

Pergunta-se:

1º) Tem aquelle herdeiro direito de executar, pela sua quota, o immovel hypothecado?

2º) Podem os co-credores se oppôr?

3º) Haverá meio de evitar a excussão si ella fôr inconveniente ou prejudicial?

### Resposta

A indivisibilidade da hypotheca é, no dizer dos commentadores, pura criação da lei, e comprehende a propria hypotheca em si, isto é, o proprio direito real — Laurent XXX, 175 e segs; Troplong, *Priv. et Hypoth.*, II, 338.

Quer isto dizer — que enquanto permanece qualquer parcella da divida vinculada por hypotheca, o immovel hypothecado continua sujeito em sua integralidade ao resto da divida; que embora se divida o

immoel, responde elle integralmente por toda a divida ou parte della — cit. Troplong, n. 389; Martou, II, 692. E tal é o sentido do art. 10 do Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890.

Isto posto, partilhado que seja um credito hypothecario, adquire cada um dos successores do *de cujus*, pela quota correspondente, direito real sobre a integralidade do immoel hypothecado. Expressa é a const. 1<sup>a</sup> *si unus ex pluribus* (VIII, 22): *Manifesti et indubitati juris est, defuncto creditore multis relictis heredibus, actionem quidem personalem inter eos ex lege duodecim tabularum dividi, pignus verò in solidum unicuique teneri* — o que em vernaculo quer dizer: E' de direito manifesto e indubitavel que, no caso de morrer o credor deixando varios herdeiros, podem estes, cada um pela sua quota, exercer contra o devedor a acção pessoal, que entre elles é divisivel, ficando todavia o penhor obrigado a cada um pelo todo. — Vj. Lafayette, *Dir. das Coisas*, § 176, pag. 49, 2<sup>o</sup> vol. 1<sup>a</sup> ed.; Laurent, vol. cit. n. 176; Troplong, n. 389.

Mas sendo assim, e desde que, no systema do direito e na forma da lei, o herdeiro succede nos direitos do credor primitivo, visto é ser de todo infundada qualquer opposição, por parte dos outros co-successores do credito hypothecario, a que qualquer delles trate de executar, pela propria quota, o immoel hypothecado.

Este conceito parece de inteireza incontrastavel.

Entretanto, a lei offerece remedios em ordem a se evitar que a excussão se consumme em publico leilão.

E' o primeiro o deposito em pagamento, consoante o art. 393 do Reg. n. 737 de 1850 — o qual pode ser feito por intervenção de quem tiver interesse em remover a execução por parte daquelles co-successores do credor originario — cons. 1<sup>a</sup> *de fidej.*, fr. 72 *de solut.*; Lacerda de Almeida, *Obrig.* § 72, pag. 348, com a corrente dos escriptores.

E' o segundo, si o executivo fôr até os ultimos termos, a remissão pelo preço da avaliação até a primeira praça e nas outras por preço igual ao maior que nellas fôr offerecido — Reg. n. 737 art. 546; Reg. n. 9549 de 1886, art. 19; João Monteiro, *Theoria do Proc.* § 274, 3º vol. p. 326.

Mas o caso não é de licitação, pois que essa só tem logar quando o immovel hypothecado é adquirido por terceiro, e o adquirente se quer garantir contra a excussão. Em tal caso, faz elle notificar os credores hypothecarios para a remissão da divida, e podem então os ultimos requerer que o immovel seja licitado entre elles proprios, ou fiadores, si os houver, e o proprio adquirente — Dec. n. 169 A de 1890, art. 10 §§ 4º-6º.

Ficam assim respondidas todas as perguntas feitas.

Este é o meu parecer, salvo melhor.

26, IX, 01.

## XXVI

Credores chirographarios não podem executar bens a outrem hypothecados pelo devedor commum antes de vencida a divida hypothecaria, mesmo que esteja insolvel o devedor.

A. deve a B., por escriptura de hypotheca, por 3 annos; e só se vence desta data a um anno — Rs. 100.000.000.

A. tem mais credores por letras e conta corrente vencidas, na importancia de — Rs. 300.000 000.

Os bens de A. são calculados em 400.000.000.

Pergunta-se si os credores não hypothecarios podem executar A. e levar á praça os seus bens para pagamento das dividas?



### Resposta:

Penso negativamente.

Dispunha o art. 240 § 5º do Reg. n. 3453 de 26 de Abril de 1865, que, *salvo nas casos de fallencia e insolvabilidade, os immoveis hypothecados nunca poderão ser executados por outro credor que não seja hypothecario, pena de nullidade; e no § 6º, que, nos sobreditos casos de fallencia e insolvabilidade, a divida hypothecaria se reputará vencida.*

Si bem que esta disposição do Reg. fosse exorbitante da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, que a não continha, facto é que o Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 a reproduziu, e como acto do Governo Provisorio e dictatorial da Republica tem força legislativa plena.

Mas da proposta se vê que A. não é fallido nem está insolvente, pois o seu activo cobre seu passivo. Logo, e prescindindo da interpretação scientifica ou systematica daquella disposição, para só olhar a letra da lei, não podem os credores chyrographarios de A. executal-o nos bens hypothecados a B.

Entretanto, ainda pensaríamos do mesmo modo si fosse certa a insolvencia de A.; porquanto, como lucidamente demonstrou o Conselheiro Duarte de Azevedo na *Revista Mensal*, vol. 2º pag. 4, a citada disposição do Reg. de 1865 só pode ter applicação nos casos de fallencia commercial, nunca nos de insolvencia civil. Somente a fallencia torna exigiveis, portanto vencidas, as dividas do devedor commum; e portanto só então se concebe possivel a immediata execução dos bens hypothecados, para que o seu excesso seja vertido na massa; mas com o insolvente civil não se dá isso: a hypotheca não vencida não lhe pode ser executada nem mesmo pelo proprio credor hypothecario. Fôra, pois, absurdo que o pudesse ser pelos chirographarios.

Salvo melhor juizo.

*S. Paulo, 20 de Junho de 1897.*

## XXVII

— Bens já arrestados por um credor não podem ser objecto de *hypotheca*, mesmo judicial, em favor de outro credor.

— O primeiro pode vir com esta razão de nullidade no concurso de preferencia aberto pelo segundo.

A. requereu e obteve um arresto sobre os bens de seu devedor B., fundado em sentença proferida em acção de cobrança, e da qual B. havia appellado.

Emquanto decorria o prazo para a apresentação da appellação na segunda instancia, outro credor, C., propôz contra B. acção decendiaria para o recebimento de certa quantia, e tendo obtido sentença, que passou em julgado, inscreveu a respectiva carta como *hypotheca judicial*, fazendo-a recair sobre os bens já arrestados por A.

Pergunta-se:

1º

Julgada deserta a appellação interposta por B. e consequentemente convertido em penhora o arresto decretado em favor de A., pode, não obstante, o credor C., baseado na sua *hypotheca judicial*, disputar preferencia ao exequente A.?

2º

Em quanto não fôr convertido em penhora o arresto sobre os bens de B., podem estes ser valida e legalmente penhorados pelo credor C.?

## Resposta

Sem necessidade de repisar na velha questão nervosamente debatida entre Teixeira de Freitas e Rebouças (vide *Consol. das Leis Civ.*, nt. ao art 1278): si a *hypotheca judicial* jamais confere o direito de preferencia, pois que tão somente confere o de sequela; sem cogitar da

possível hypothese de ter sido a acção de C. proposta com o fim de fraudar a futura execução de A. — parece-nos que a consulta deve ser encarada sob outro aspecto, a saber: si bens arrestados ou embargados podem ser objecto de hypotheca, mesmo judicial.

E' certo que o embargo ou arresto não constitue onus real — Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, arts. 1º e 6º; e sendo assim, parece que os bens de B., embargados pelo credor A., podiam allodialmente fazer objecto da hypotheca judicial que C. constituiu em favor proprio.

Mas não são unicamente os bens gravados com algum onus real os que não podem fazer objecto de hypotheca: tambem estão neste caso os bens que não podem ser alheados — cit. Dec. art. 2º § 4º.

Nem ha razão para distinguir entre as hypothecas legaes ou convencionaes e a hypotheca judicial. Si aquella prohibição da lei se funda em que, não tendo o proprietario de bens inalienaveis o direito de dispôr delles, não pode com elles garantir a execução do credor, e, portanto, não os pode sujeitar á arrematação para com o respectivo producto pagar o credito hypothecario — principio este dominador da materia (Martou, *Priv. et Hypoth.* II, 714) — a mesma razão se dá com a hypotheca judicial.

Ora, parece incontestavel que bens arrestados não são bens alienaveis. Sendo o embargo ou arresto a apprehensão judicial de bens do devedor para segurança da divida accionanda ou accionada, o mesmo fôra que lhe destruir a natureza e effeitos permittir a alheação dos bens assim apprehendidos. Enumerando os immoveis penhorados entre os que não podem ser objecto de hypotheca, assim se exprime Didimo, *Direito Hypothecario*, pag. 54: "A opinião de Pont (I, 353) não tem apoio no nosso direito, porque a penhora affecta (Didimo queria dizer *sujeita*) os bens á solução de uma divida reconhecida por sentença; não podem taes bens ser objecto de um direito real que, por sua vez, affectal-os-ia (os sujeitaria) á solução de outra divida, com violação do decreto judicial que

sobre elles estabeleceu um vinculo juridico somente resolvel pelo pagamento da condemnação". No embargo ou arresto bem se pode vêr uma especie de penhora, uma penhora antecipada; e só não é verdadeira penhora porque pode ser resolvido pela mora na propositura da acção ou pela absolvição do réo na acção principal. Mas emquanto algum destes factos não se dá, o vinculo juridico proveniente do decreto judicial que julgou o arresto não tem força menor do que a sentença que julgou a penhora: a hypotheca dos bens embargados, tal como a sua alheação, não seria mais do que a violação daquelle decreto.

Aliás, de que serviria o arresto? Não seria ludibriar do juizo sonegar de sua acção bens que, por decreto seu, fôram depositados para segurança da divida ajuizada?

Na hypothese: como sujeitar á solução do credito de C. bens que judicialmente já estavam sujeitos á solução do credito de A.?

### **Isto posto:**

sou de parecer que a penhora de C., si chegar a fazel-a, deve ceder á de A., na qual se convertera o arresto; e assim penso porque nulla me parece ser, pela razão exposta, a penhora de C., — razão que A. bem póde produzir no concurso de preferencia, erradamente aberto por C.

Deste modo creio que ficaram respondidos os quesitos propostos.

Salvo melhor parecer.

*2 Novembro 1902.*

## **XXVIII**

— O penhor agricola de fructos só comprehende precisamente aquelles de que se faz menção na respectiva escriptura.

— De modo que, dada em penhor a safra de determinado anno, perde o mutuante a accção de penhor si toda a safra foi vendida. Só lhe resta a accção ordinaria para haver o saldo a que tiver direito.

### Consulta

Domingos contrahi um empréstimo de 18.000\$000, sob penhor agrícola de 1500 arrobas de café da safra de 1898.

Por conta daquelle empréstimo já recebeu o mutuante 14.172\$860, mas até hoje não lhe foi possível fazer-se pagar do saldo.

Pergunta-se:

Tem o mutuante acção de penhor para haver este saldo?

### Resposta

O penhor agrícola só póde ser constituído sobre:

- a) os fructos colhidos no anno do contracto ou no anterior;
- b) os que estiverem armazenados, em ser, ou beneficiados e acondicionados para se venderem;
- c) os pendentes pelas raizes ou ramos;
- d) a colheita futura de certo e determinado anno — Dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 362.

Quer isto dizer, que unicamente sobre os proprios fructos especificados no contracto, mantém este o seu caracter juridico especial, e seus relativos effeitos.

Ora, na escriptura que me foi presente, deu o mutuario em penhor especificadamente 1500 arrobas de café da safra de 1898 da fazenda “Aurora do Rio das Pedras”.

Logo, si o valor do mutuo foi de 18:000\$000 e o mutuante já recebeu 14:172\$860, pelo saldo tem a acção de penhor, de que fala o art. 374 do cit. Dec. n. 370, si por ventura ainda está em ser aquella colheita ou parte della; si porém toda ella já não existe, resolvido ficou, pelo

desaparecimento do objecto penhorado, o direito de excutir o penhor — fr. 8º pr. D. *quib. modis. solv.* (XX, 6); Mackeldey, *Dr. Rom.* § 362 n. 1.

Neste caso, só resta ao credor acção ordinaria para haver aquelle saldo, sem prejuizo da acção criminal que no caso couber, consoante as normas dos arts. 18 § 2º do Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 e 372 do cit. Dec. n. 370.

S. M. J.

15-11-99.

## XXIX

— O devedor hypothecario não precisa de consentimento do credor para penhorar fructos pendentes do immovel hypothecado si estes não ficaram especialmente comprehendidos na hypotheca.

### Consulta

Será conforme a direito o accordam do Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 1898, que confirmando a sentença do Juiz de Direito de Mogymirim de 24 de Maio de 1897, julgou nullo certo contracto de penhor agricola de cafés pendentes, por ter sido celebrado sem consentimento do credor com hypotheca sobre o immovel productor dos mesmos fructos?

Note-se que, na escriptura de hypotheca, não se especializaram os ditos fructos.

### Resposta

Por mais de uma vez me pronunciei sobre a materia da consulta, e cada vez mais me convenço de que a verdade juridica não está no accordam referido na proposta.

Tenho como evidente que o penhor agricola pode valer independentemente de consentimento do credor hypothecario, si os

fructos não ficaram especialmente compreendidos na escriptura de hypotheca. E a razão é porque, permanecendo o immovel na posse do devedor, a este pertencem os fructos delle, tanto que lhe é incontroversamente permittido vendel-os; e si os pode vender, tambem os pode dar em penhor. Alias, seria contrariar radicalmente a razão juridico-economica da moderna criação do penhor agricola.

Mas quando não houvesse esta razão de ordem geral e logica, só por si capaz de justificar a solução que defendo, bastaria a letra expressa do art. 18 do Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, que explicitamente só sujeita ao consentimento do credor hypothecario o penhor de fructos *quando estejam compreendidos nas escripturas de hypotheca (sic)*.

E este art. 18 ficou mais claro no art. 362 do Reg. n. 370 de 2 de Maio de 1890.

Tal tinha sido o espirito da L. de 1885. Segundo o *Projecto* do Senado, os fructos e accessorios dos immoveis hypothecados só poderiam constituir penhor, *ainda quando não compreendidos na hypotheca*, quando nisso consentisse o credor hypothecario. O senador José Bonifacio ia mais longe: queria que nunca os fructos e accessorios do immovel hypothecado pudessem ser objecto de penhor, mesmo com consentimento do credor hypothecario. Mas o senador Affonso Celso (vide Aff. Celso, *O Penhor*, pag. 157), respondeu, ponderando que "o simples facto de não estarem os fructos ou accessorios compreendidos na hypotheca, demonstrava não os ter julgado o credor necessarios para garantia do seu direito. Exigir, pois, o consentimento do credor para que esses objectos sejam dados em penhor, pelo receio de que mais tarde a transacção o venha prejudicar, era preoccupar-se mais dos seus interesses do que elle proprio". O senador Ribeiro da Luz, então ministro da justiça, formulou como emenda a idéa que afinal ficou vencedora:

autorizar o penhor de taes bens, ainda que vinculados á hypotheca, desde que o credor o consentisse.

Logo, não havendo o vínculo hypothecario, não ha porque pedir o consentimento do credor. E tal regra, expressa no art. 10 da L. n. 3272 de 5 de Outubro de 1885, regulamentada no art. 106 § 4º do Dec. n. 9542 de 23 de Janeiro de 1886, passou literalmente para o citado art. 18 do Dec. n. 169 A de 1890.

Mas tambem parece evidente que, comprehendendo a hypotheca as accessões naturaes do immovel hypothecado, inclusive os fructos pendentes, colhidos e beneciados, logo que o credor vem a juizo excutir a garantia real do seu credito hypothecario, não pode a integridade de seu direito ficar desfalcada pelo penhor agricola que de *futuras safras* haja celebrado o devedor, si para tanto não lhe foi pedido consentimento expresso: com o exercicio judicial do seu direito, o credor hypothecario incorpora no immovel todas aquellas coisas que, pelo systema da lei, se comprehendem na hypotheca. Aliás, esta perderia a propria natureza e sua força, e irreconciliaveis permaneceriam os arts. 4 § 2º e 18 do cit. Dec. n. 169 A, e os arts. 137 § 4 e 362 do Reg. n. 370 de 1890.

Salvo melhor juizo.\*

*S. Paulo, Fevereiro de 1898.*

### XXX

— O inquilino não tem direito ao interdicto recuperatorio *unde vi* ou acção de força contra o senhorio, para que se complete o tempo do aluguel do predio que, demolido por decreto municipal, deu lugar á construcção de outro diverso do que fôra alugado.

— A expropriação, total ou parcial, da coisa alugada, importa a resiliação do contracto de aluguel.

---

\* Afinal esta doutrina ficou vencedora nos accordãos de 28 de Setembro de 1898 e 20 de Janeiro de 1900, que reformaram, com o anterior, a sentença de que se falta na consulta. — *Gazeta Jur.*, XXIII, 39.



### **Proposta**

A Camara Municipal mandou demolir um predio para o fazer recuar do alinhamento em que erradamente tinha sido construido.

Este predio estava alugado a Pedro, e este, feita a reconstrucção, exigiu do proprietario que lhe fizesse entrega das chaves para que completasse o prazo do arrendamento.

Tendo-se recusado o proprietario, allegando que o predio era outro, ou não mais o mesmo que lhe havia alugado, veiu Pedro com a acção de força nova.

### **Pergunta-se:**

1º) E' competente esta acção?

2º) Si affirmativamente, procede no caso?

### **Respondo**

Já tive ensejo de tratar de questão identica, na causa de Miguel Archanjo Euter v. Florentino Leite de Camargo. Julgada contra o proprietario na 1ª instancia, foi afinal decidida na 2ª consoante as nossas allegações.

Limitamo-nos a condensar o que então dissemos na appellação n. 1121.

---

1º) A acção proposta é de todo incompetente.

Facil é a demonstração.

A acção de força, ou interdicto restitutorio *unde vi*, só compete ao *possuidor* da coisa disputada, contra aquelle que, por si ou por outrem, o esbulhou *da posse* — Corr. Telles, 7ª ed., § 286; Lobão, *Interd.*, § 30 a 34 e 262.

Duas, portanto, são as condições deste interdicto:

a) que o autor tenha posse, natural ou civil, justa ou injusta — fr. 1º §§ 9, 10, 22, 24, 30 *de vi et vi armata* (XLIII, 16), conforme ao canon *Redintegrandoe*;

b) que tenha havido esbulho da posse — cit. fr. §§ 12, 13, e 14; tanto que por elle se pede a reintegração na *posse*.

Este interdicto, preceitua Ulpiano no § 23 do citado frag., somente pode competir a quem possuía ao tempo do esbulho; nem é possível haver como esbulhado sinão a quem possue. *Nec alius dejici visus est, quam qui possidet*.

*Mas,*

... *colonus et inquilinus sunt in proedio, et tamen non possident... sed possessio apud eum qui concessit, remanet* — fr. 6º § 2º *de precario* (XLIII, 26).

“E o que fôr demandado por alguma coisa movel ou de raiz, que elle possuisse e tivesse *em nome de outro*, assim como... *inquilino*... pode e deve nomear por autor á tal demanda o senhor da coisa *em cujo nome a possue* — Ord. III, 45 § 10.

— *Et per colonos et inquilinos nostros possidemus* — fr. 25 § 1 *de adq. vel amit. posses.* (XLI, 2). — Pothier, *Contr. du louage*, n. 91.

*Ora,*

si o inquilino não possue, sinão detem a coisa alugada em nome do proprietario, visto como lhe falta, para ser possuidor, o *animus rem sibi habendi*, que é essencial na posse, evidentemente não goza dos interdictos possessorios. Ao contrario, quando o inquilino é privado da detenção da casa que lhe foi alugada, não é elle o esbulhado, mas o senhorio, unico a quem compete a acção de esbulho, como se vê do

citado fr. 1º § 22. — *Nemini dubium est, diz ali Ulpiano, si quis per quem possidebam, dejectus fuerit, mihi competere interdictum.*

Portanto, o systema do direito, baseado na organização logica de cada instituto juridico, destróe pela raiz a pretendida competencia da acção proposta.

Verdade é que Correa Telles e Lobão parecem dar ao colono ou inquilino a acção de força contra o locador que o esbulhar ou turbar no uso da coisa. Entretanto, facil é demonstrar que a razão não estaria com elles, si fosse certo que effectivamente assim entendiam.

Mas Corrêa Telles, *Digesto Portuguez*, III, 767, invoca a opinião de Silva, *ad Ord.*, L. 3º tit. 48 *rubr.*, n. 25, onde este insigne pratico diz justamente o contrario, dando a seguinte lição: *Verius est, quod colono solummodo competit officium judicis NON AD RESTITUTIONEM POSSESSIONIS, QUIA EAM NON HABEBAT, sed ad statum et tenutam, quam habebat* — lição literalmente copiada de Valasco, *Cons.* 173 n. 2.

Si pois o inquilino não podia pedir a restituição da posse porque a não tinha, a acção que lhe competisse contra a turbação do gozo da coisa alugada não poderia ser a de força ou *unde vi*.

E assim tambem pensava o proprio Corrêa Telles na not. 1ª ao § 287 da *Doutrina das Acções*.

Assim tambem Lobão, *Interdictos*, § 263, invoca a autoridade de Pegas, Tom. 15, *ad Ord.* L. 3º tit. 33 a n. 23, onde se lê: *Licet colono contra locatorem non competat interdictum recuperandoe, quia non possidet nomine suo, sed domini.*

Logo, ou Lobão e Corrêa Telles foram incorrectamente interpretados ou caíram em erro.

Mas o direito teria desprovido o colono ou inquilino de qualquer remedio contra o senhorio que o turbou no uso ou gozo da coisa arrendada ou alugada? Certamente não, e todos os escriptores apontam esse remedio.

Valasco e Silva, nos logares citados, ensinam que nesse caso ao inquilino *competit (solummodo) officium judicis ad restituendum statum et tenutam, quam habebat*. Na *Doutrina das Acções*, nota citada, Corrêa Telles doutrina que o colono esbulhado pelo senhorio, pode requerer restituição da *núa detenção* que tinha, e Lobão o remette ao *officio do Juiz*.

Mas por meio de que acção pode ser implorado o officio do juiz para que seja o inquilino restituído á detenção da casa?

Ensinam os escriptores de melhor nota que a acção *ex conducto* é a unica competente. “*Si c’est par son bailleur que le fermier est troublé dans sa jouissance, il n’a contre lui que l’action ex conducto* — Pothier, *Tr. de la Possession*, n. 100. *Idem*: Favard, vb. *Complainte*; Merlin, vb. *Servitude*; Carré, sobre o art. 23 Cod. Proc. civ.; Henrion, cap. 40; Dalloz, vb. *Act. posses.*, n. 525. E’ a acção de que trata Corrêa Telles no § 376, paralela, no systema do direito, á acção *ex empto*, que compete ao comprador contra o vendedor para que este lhe entregue a coisa vendida.

E’ acção ordinaria, ao envez da outra, que é summaria.

2º) Mas dado que a *unde vi* fosse competente, direito algum teria o inquilino, no caso figurado, á continuação do arrendamento.

Declarada de utilidade publica a parte do predio necessaria ao alargamento da rua, logo se reconheceu, ao serem encetados os trabalhos da demolição, que impossivel seria conservar a parte restante: foi

imprescindível reconstruir, na parte não desapropriada, predio novo. A casa primeiramente alugada havia desaparecido.

*Ora,*

não ha quem ignore que o arrendamento acaba pela extinção da coisa alugada — Coelho da Rocha, § 839; Troplong, *Du louage*, n. 213. "*In vero*, diz Mazzoni, *Locazione*, n. 17, *è inconcepibile che possa continuare a sussistere un contratto quando ne venga distrutto l'oggetto*." A resiliação do contracto é neste caso *necessaria*, como se exprimem os escriptores — Troplong, ao art. 1722 Cod. Nap.; Mazzoni, ao art. 1578 e 1595 Cod. civ. ital.

Portanto, a demolição da casa bastaria para operar a caducidade do contracto, e, assim, repellir a acção do inquilino. Entretanto, outra regra de direito leva á mesma conclusão.

Todo facto equiparavel á *força maior* produz a extinção do arrendamento, sem responsabilidade do senhorio: eis um principio vulgarissimo. Ora, todos os escriptores enumeram a desapropriação por utilidade publica entre os casos de *força maior*. — Mazzoni, loc. cit., refere a seguinte decisão do Tribunal de Parma: "Considerando em direito que o art. 1635 (Cod. de Parma; art. 1578, Cod. ital.), ao declarar resilido o arrendamento, quando a coisa arrendada perece por *caso fortuito*, refere-se, e não pode deixar de se referir sinão aos casos de força maior e extrinseca á natureza da coisa alugada, assim como o incendio, a *desapropriação por utilidade publica*, que acarretam a destruição violenta da coisa alugada... —

No n. 184, o illustre civilista italiano firma o principio — *que as desapropriações e destruições totaes ou parciaes da coisa arrendada são casos de força maior*. No mesmo sentido Laurent, XXV, 385, Aubry et Rau, IV, pag. 495. E precisando a nossa hypothese, refere Dalloz, *Répert.*, vb. *Louage*, n. 205, 6º que — *il a été jugé que le locataire d'une maison partiellement détruite par... l'exécution de travaux d'utilite publique, ne peut demander la continuation de son bail dans la portion non détruite, s'il*

*est constaté que la maison ne peut être conservée en partie sans de graves inconvénients, et qu'il y a lieu d'en opérer la démolition complète.*

Portanto, a negativa ao 2º quesito é de evidencia solar.

—————

Nem se objecte com a Ord. Liv. 4º tit. 24 pr., segundo a qual — quando o senhor da casa a *quer renovar ou reparar de adubios necesarios*, que se não poderão fazer convenientemente morando o alugador nella, *acabado o reparo e adubio* lhe tornará a casa, até se acabar o tempo do aluguel.

Por duplo motivo não é applicavel esta disposição ao caso da consulta.

1º) A lei, com o verbo *quer*, suppõe que o locador, *ex proprio motu*, por conveniencia sua, *resolve* renovar o predio. Mas no caso de demolição necessaria, como na hypothese, é *invito domino* que as obras se fazem; e si, como se viu acima, este caso *fôrça* á resiliação do contracto, fôra a mais absurda das incoherencias lhe applicar aquella disposição.

2º) As expressões — *renovar ou reparar de adubios necesarios* — *reparo, adubio* — não podem de modo algum comprehender o caso de demolição para construcção de predio inteiramente novo e diverso. Si não bastasse a significação lexicologica de *reparo ou adubio*, que é o mesmo que *concerto*, a propria definição legal seria prova invencivel do asserto, porquanto, segundo o fr. 1º § 6º de *rivis* (XLIII, 21): *Reficere est, quod corruptum est, IN PRISTINUM STATUM RESTAURARE.*

Mas, na hypothese, o predio, alugado foi demolido: desapareceu.

Ficam inabalaveis, portanto, aquellas conclusões.

*Sub censura.*

*Fevereiro, 89*

### XXXI

- Mesmo pendente a acção de despejo por falta no pagamento de alugueis, pode o devedor purgar a mora.
- Aquella falta não resolve *ipso jure* o contracto de arrendamento.
- Não são accumulaveis as acções de despejo por falta do pagamento de alugueis e a de resiliação do contracto.

### Consulta

Pendente acção de despejo por falta de pagamento de alugueis vencidos, veio o inquilino a juizo e depositou a importancia que estava a dever.

O senhorio recusa-se a recebê-la, allegando que a mora não é purgavel depois de ajuizado o despejo, e que a falta do pagamento do aluguel no tempo convencionado resolve o contracto. Pelo que, á acção de despejo cumulou a de resiliação do contracto.

Em vista do exposto, pergunta-se:

1º) E' certo que, pendente a acção de despejo, não pode mais o inquilino purgar a mora?

2º A falta do pagamento dos alugueis, resolve *ipso jure* o arrendamento?

3º São cumulaveis aquellas duas acções?

### Resposta

1º)

A questão é interessante e occupou o engenho de tratadistas famosos.

Devo *ab initio* notar que a consulta é muda quanto ás circumstancias que por ventura houvessem cercado a tardança do

inquilino no pagamento dos alugueis vencidos; e interessava conhecê-las, porque a solução se modificaria em vários de seus resultados práticos conforme tivesse ou não havido o que tecnicamente se chama *mora*. Em direito nem toda delonga no implemento da obrigação constitui o devedor em mora. Esta pressupõe culpa; é, na definição de Cujacio, a *injuncta tarditas, quo verbo significatur MALA FIDES*; ou, no dizer de Saporata, *est dilatio CULPA NON CARENS. SINE CULPA, NULLA MORA* — Mommsen, *Teoria della mora*, ed. ital., I, 35. E a *mora* só se caracteriza externamente depois que o devedor, judicialmente interpellado, não paga. Neste sentido é expresso o fr. 32 de *usuris* (XXII, I): *Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona: id est, si interpellatus opportuno loco, non solverit*. Quer dizer: que *mora* não é uma relação objectiva, isto é, não está puramente no facto do não pagamento, mas é uma relação subjectiva, isto é, está na recusa do pagamento — Vid. Lecamus d'Houlouve, *Tr. des intérêts*, pag. 78. E a razão é porque só então se pode dizer que o devedor faltou á fé do contracto, porque só de então deve *quod interest* ao credor — Caillemer, *Des intérêts*, pag. 116. E o grande Pothier acrescentava: *Suivant nos usages, un débiteur n'est mis en demeure que par une interpellation* — *Oblig.* n. 133.

Assim, si na hypothese não tivesse havido culpa no inquilino nem caso seria de purgar a *mora*.

Mas, na ignorancia dos factos, supponhamos a condição menos vantajosa para o inquilino. Mesmo que houvesse elle incidido em *mora*, penso que, a despeito da acção já proposta, poderia utilmente solver a obrigação vencida, isto é, purgar a *mora*.

Tenho duas razões para assim pensar.

A primeira vou buscar nos principios geraes do *Direito das Obrigações*. Um delles é que, em regra, não se pode negar ao devedor a faculdade de solver posteriormente a obrigação vencida. *La mora*, diz



Giorgio Giorgi, *non deve togliere al debitore la possibilità di adempiere l'obbligazione piu tardi* — *Teoria delle Obblig.*, II, 45. E esta regra só falha, por deducção logica, no caso em que a obrigação, se não possa mais satisfazer de modo util.

Outro principio é que a mora pode ser purgada sempre que o negocio está *re integra*, isto é, enquanto as coisas podem se integrar no estado primitivo, e sem que haja prejuizo para o credor — Silva, *ad Ord.* Liv. 4º tit. 5º § 1º n. 26.

Assim, Pereira de Castro. Dec. CXIX n. 25, ensina que: *Cessat purgatio, quando ex purgatione damnum creditor subiret, quia tunc cessat oequitas a quo substantia purgationis dependet.*

E si na hypothese nenhum é o prejuizo do proprietario com receber a importancia do deposito dos alugueis vencidos e a dos que se forem vencendo para o futuro, não estando ainda a casa desalugada ou alugada a outrem, isto é, podendo o contracto ter inteiro cumprimento, seria contra todos os principios da equidade tolher do devedor a purgação da mora.

A segunda razão baseia-se na lição dos DD precisamente sobre a hypothese, isto é, sobre a purgação da móra no pagamento de alugueis de predios. Si é certo que a Ord. Liv. 4º tit. 24 condemna ao despejo o inquilino que deixa de pagar o aluguel no tempo devido, nada autoriza a concluir que não possa elle sustar a execução da pena com a exhibição dos alugueis vencidos, uma vez que nenhum é o prejuizo do credor. E assim, entre outros, entendeu Silva, ao princ. desta Ord., n. 18: *tamen expulsus poterit re integra moram purgare, et ad localionem redire, si res alteri locata non sit.* E invoca a opinião de Baldo, de Valasco, de Pocion, emerito monographista, e de Guerreiro, todos de grande conceito.

No citado Pocion, *Tractatus de Locatione et Conductione*, cap. LV, estão assim compendiadas as duas regras:

— *Moroe purgatio non excluditur ex quo dominus declaravit velle locationem funitam. Negue ex quo coepit agere* — n. 68 e 69. Quer dizer, que não exclue a faculdade de purgar a mora o dizer o senhorio que quer dar por finda a locação ou que já iniciou a acção de despejo.

— *Res integra non dicitur si dominus rem alteri locavit. Secus si simpliciter jus suum alteri cessit* — ns. 72 e 73. Quer dizer, que só não se diz que o negocio está integro quando a casa já foi alugada a outrem; nem basta que o senhorio tenha cedido o seu direito a terceiro.

### **Isto posto**

respondo que — não obstante estar pendente a acção de despejo, ainda é lícito ao inquilino purgar a mora no pagamento dos alugueis vencidos.

### **2º)**

A falta do pagamento dos alugueis não resolve *ipso jure* o arrendamento quando isso mesmo não ficou expresso no contracto — tal me parece ser a unica these verdadeira.

A chamada *condição tacita resolutiva* ou *pacto commissorio* não é do nosso direito. E não obstante o direito romano somente admittillo precisamente no contracto de aluguel (fr. 54 § 1º *Locati*, XIX, 2), nem esta circumstancia abala aquelle asserto, pois que os mesmos romanos não entendiam similhante instituto no sentido do direito moderno, qual foi consignado no art. 1184 Cod. Nap., isto é, como condição sempre subentendida nos contractos synallagmaticos para o caso em que algumas das partes não satisfaça a respectiva obrigação.

Dado, porém, que a recebamos como está no direito francez, incontroverso é que similhante condição não opera *ipso jure*. Expresso é aquelle mesmo art. 1184: *Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit... La résolution doit être demandée en justice*. Além de que,

como ali mesmo ainda se diz, a parte contra quem a obrigação não foi satisfeita tem a escolha entre forçar a execução ou resolver o contracto, e ainda é lícito conceder novo prazo para satisfazer a obrigação. Logo, a *lex commissoria* não opera *ipso jure*.

E nisto differe o pacto commissorio da condição resolutive verdadeira e propria, pois que, ao contrario desta, *non opera mai DI DIRITTO, ne rimette IPSO FACTO le cose nello stato antecedente al contratto* — Giorgio Giorgi, *Obbligazioni*, IV, 208.

Tanta é a força deste principio, que mesmo quando as partes hajam expressamente ajustado a resolução *ipso jure*, nem todos os escriptores estão de accordo no modo porque deva em tal caso o ajuste ser executado. Assim, ao passo que para alguns, como Toullier (VI, 554), Troplong (*Contr. de la Vente*, 61, 666), Laurent (XVII, 157 — 159) e outros, basta que no contracto esteja expressa a clausula resolutoria tacita para que esta opere *ipso jure*, para outros, como Demolombe XXV, 549), Aubry et Rau (§ 302 nt. 83), Pacifici-Mazzoni (*Istit.* IV, 93 nt. 4), é preciso mais que as partes explicitamente declarem que a resolução se dê de pleno direito, sem dependencia de qualquer procedimento. E porque, com o citado Giorgio Giorgi, vol. cit. n. 209, a primeira nos pareceu opinião melhor, pois que, si as partes inseriram no contracto aquella clausula, claro é que estava na vontade dellas lhe darem o effeito que lhe é proprio, é que dissemos acima que — a falta do pagamento dos alugueis não resolve *ipso jure* o arrendamento quando isso mesmo não ficou expresso no contracto.

E fica assim respondido o 2º quesito.

3º)

Por duas razões penso não serem cumulaveis as duas acções: de despejo e de rescisão do contracto.

a) Porque, uma vez que a falta do pagamento dos alugueis não resolve *ipso jure* o arrendamento, e a resolução depende de acção própria, não pode desde logo operar como a de despejo. A diversidade das *questões jurídicas* de uma e da outra das duas acções theoreticamente obsta a pretendida acumulação — Gargiulo, *Corso elem. di Dir. giud. civ.*, n. 242-243; Alves de Sá, *Com. ao Cod. Proc. civ. port.*, 1º vol. p. 335 e segs.

b) Porque a forma dos respectivos processos não é identica. — *Cod. Proc. Civ. Port.*, art. 5º. Sendo ordinaria a acção de rescisão, não pode ser accumulada á de despejo, que é summaria, sendo preceito vulgarissimo do direito judiciario que as acções ordinarias não se podem converter em summarias.

Este é o meu parecer, salvo melhor.

*Julho de 92*

## XXXII

— Estipulada multa em contracto de aluguel, pode o proprietario, depositando o valor da multa, exigir o predio.

— Não lhe é applicavel a pena da Ord. IV, XXIV § 1º.

## Proposta

Estipulada uma multa em contracto de aluguel, pode o proprietario, depositando a multa, exigir o predio, ou ficará sempre sujeito á pena da Ord. Liv. 4º tit. 24 § 1º?

## Respondo

Chama-se em direito *multa ou clausula penal*, o pacto adjecto consistente na estipulação de certa pecunia que o pactuante se obriga a pagar á outra parte no caso em que venha a não cumprir integralmente o contracto; ou como define o art. 1226 do Codice Napoleão, é a *clausula pela qual uma pessoa, para assegurar o cumprimento de uma convenção,*

*se obriga a prestar alguma coisa no caso de inimplemento.* Daqui vem ser corrente em doutrina, e aquelle Código explicitamente o diz no art. 1229, que a clausula penal é *a compensação dos danos e interesses que o credor soffre com a inexecução da obrigação principal. E' o equivalente legal dos prejuizos do credor*, diz muito bem Lacerda de Almeida, *Obrigações*, pag. 215. Daqui ainda vem a lição unanime: que o credor não pode pedir ao mesmo tempo a coisa principal e a pena, salvo si a estipulou para o caso de mora — fr. 115 § 2º *de verb. oblig.* (XLV, I); Van Wetter, *Les Obligations*, § 27, 1º vol. pag. 157.

Esta regra de direito geral, e que o Código civil italiano fez explicita em seu art. 1212, resolve a proposta.

A pena do § 1º da Ord. Liv. IV, 24 não exprime mais do que a compensação dada ao inquilino pelo damno que soffre com o despejo antecipado, e procede do principio geral de direito — que a inexecução de uma obrigação se resolve no resarcimento dos danos consequentes. Mas uma vez que as partes estimaram em certa somma o valor do damno que o inimplemento do contracto pudesse occasionar, é visto que a pena legal ficou convertida na convencional, e satisfeita a razão ethica da lei, que era não deixar que o infractor se locupletasse com o prejuizo da outra parte.

Portanto, desde que o proprietario do predio deposita o valor da multa (*poenae stipulatio*), deve considerar-se resolvido o contracto para todos os effeitos, pois fôra absurdo que o inquilino continuasse no predio depois de depositado o valor em que elle mesmo estimou o seu prejuizo para o caso de ser despejado — argum. do fr. 28 *de Action. empti et venditi* (XIX, I); Van Wetter, loc. cit.

S. M. J.

*Junho, 96.*

### XXXIII

— O credor cessionario bem pode exigir do devedor quaesquer garantias para o credito cedido.

Pedro, credor de João, fez, em favor de Paulo, cessão do credito.

Paulo, exigindo garantias de João, obteve deste uma escriptura de hypotheca.

Tinha Paulo, pela cessão de um credito chirographario, o direito de exigir do devedor garantias reaes?

### Respondo

A verdadeira natureza da cessão de um credito consiste em ser uma alienação do direito de credito, uma successão, a titulo particular, desse direito. O cessionario constitue-se credor em nome proprio, no lugar e posição do cedente; e com a aquisição do direito de credito adquire, como consequencia juridica, as acções, garantias, e quaesquer remedios de direito em favor e segurança do mesmo direito. — Van Wetter, *Le Dr. des Oblig.*, § 66.

E' certo que alguns romanistas entendem que a transferencia de uma relação de credito, e correlativamente de uma obrigação, é contraria ao systema do direito, porquanto, consistindo a obrigação em uma simples relação pessoal entre credor e devedor, a extincção desta relação importa o aniquilamento da obrigação — Arndts, *Pand.*, § 254.

Toda cessão vale alheação, e ao direito romano esta parecia incompativel com a natureza do *vinculum obligationis*. — *Il partait de ce point de vue que le débiteur devait à une personne déterminée, à A, et que substituer B à A, e était changer le contenu de l'obligation* — Van Wetter, obr. cit., 1º vol. pag. 354. E foi para guardar coherencia com esta doutrina que aquelle direito creou a ficção do *procurator im rem suam*, se

presumindo a figurar como mandatario do cedente, para quem aliás não recebia a importancia do credito, sinão para si proprio.

Mas no justo dizer dos escriptores citados, o direito civil posterior acabou com tão escusadas ficções, e sem minima discrepancia reconhece similhante contracto. Basta ponderar que o elemento essencial da obrigação é o *devedor*, de cuja solvabilidade depende essencialmente o valor da divida; que o credor seja A. B. ou C., a divida é a mesma, e o devedor sempre obrigado — V. Wetter, *loc. cit.*

Portanto, pela cessão que Pedro fez em favor de Paulo do credito contra João, ficou Paulo senhor do mesmo credito, e João seu devedor — Gaius, Com, II, 38.

Isto posto, bem podia Paulo procurar novas ou mais seguras garantias para o mesmo credito; e uma vez que João celebrou com Paulo a hypotheca de que se trata, nada ha em direito que objectar contra esta hypotheca, que ratificando, por parte do devedor, a alludida cessão, operou uma novação verdadeira — Arndts, § 268.

Assim, respondo affirmativamente.

#### XXXIV

— O credor que recebe, em dação *in solutum*, numero determinado de alqueires de terras, avaliadas por preço certo, e posteriormente verifica falta de alqueires, tem contra o devedor a *actio empti*.

— Esta acção só prescreve em trinta annos.

A recebeu, ha cerca de treze annos, em dação *in solutum*, 506 alqueires de terras, a 50\$000 cada um, preço formalmente estipulado.

Ha dous annos, mais ou menos, A. fez medir essas terras, e verificou que faltavam 130 alqueires.

Pergunta-se:

1º) Tem A. algum direito contra o seu antigo devedor?

2º) No caso affirmativo, qual a acção correspondente?

3º) Esta acção já estará prescripta?

### **Resposta**

Com a proposta acima me foram presentes quatro respostas de illustrados collegas, no sentido de se tratar da acção *quantum minoris*, e, portanto, no de negar-se a A., por força da prescrição, qualquer procedimento contra o prejuizo que teve com receber, em pagamento, quantidade de terras menor do que a estipulada.

Muito me contraria discordar. A acção de que A. dispõe não é a *quantum minoris*.

A *datio in solutum* faz, como se exprime Antonino na const. 4 de *evictionibus* (VIII, 45), as vezes de venda — *vicem venditionis obtinet*; portanto, as obrigações do devedor, que em lugar de dinheiro, dá em pagamento ao credor alguma coisa, são identicas ás do vendedor para com o comprador, segundo a theoria ordinaria da *emptio-venditio*, e notavelmente, diz Van Wetter (*Les Obligations*, § 6º), dá lugar á garantia.

Ora, em synthese, e em qualquer das legislações conhecidas, duas são aquellas obrigações:

a) entregar a coisa vendida,

b) garantir a coisa que vendeu — Cod. Nap., art. 1603; Coelho da Rocha, *Dir. Civ.*, § 809.

Cada qual destas obrigações tem physionomia propria e é regida por principios e disposições typicas, uniformemente expostas e commentadas pelos escriptores.



Assim, tomando como typo o Código Napoleão, vê-se no título da *Venda* subdividido o capítulo IV — *Das obrigações do vendedor* — nas duas secções — *Da entrega* — e *Da garantia*; e esta é por sua vez subdividida em dous parágraphos: 1º *Da garantia em caso de evicção* — 2º *Da garantia dos defeitos da coisa vendida*. Seguindo estes traços, universalmente recebidos, o Projecto Coelho Rodrigues assim consolida as obrigações do vendedor: a) *Da tradição* (art. 603), b) *Da evicção* (art. 618), c) *Dos vícios redhibitorios* (art. 631.)

Mas a acção que compete ao comprador para obrigar o vendedor a lhe entregar a integridade da coisa vendida a peso, numero ou medida será a *quantum minoris*?

Não pode ser.

A *quantum minoris* é a acção que protege o comprador contra os vícios redhibitorios da coisa vendida; é a acção que no direito romano figura nos frs. 18 e 61 do Dig. *oedilitio edicto* (XX, 1), no Cod. Nap. nos arts. 1641 a 1649, no nosso direito, na Ord. Liv. 4 tit. 17 § 2º — Vid. Van Wetter, obr. cit., § 108, Laurent, *Droit Civil*, XXIV, 277, Corrêa Telles, Doutr. das Acções, 7ª ed. § 454.

A *quantum minoris* era até chamada, pelos romanos, acção *redhibitoria*, do fr. 21 Dig. cit. — Westphal, *Della compera*, § 485 e seg.

Ora, todos estes textos e escriptores definem e analysam o que sejam vícios redhibitorios. São, na correcta redacção do código civil francez, art. 1641 “os vícios occultos que fazem com que a coisa vendida ou dada em troca se torne impropria ao uso a que está destinada, ou que de tal modo diminuem esse uso, que o comprador não a teria adquirido ou teria dado preço menor si os conhecesse”. Ser occulto, é a característica do vício redhibitorio: é um defeito organico ou funcional que escapou á visão do comprador.

Todas as leis exemplificam de modo a fazer inatacavel esta noção.

Assim, no *edicto dos edis*, que é o assento da materia no direito romano (Dig. XXI, 1), foi a acção redhibitoria ou *quantí minoris* conservada para o caso de venda de escravos ou animaes, e os casos ali figurados deixam fóra de contestação possível o conceito que vamos assentando. Exemplos: fr. 12 — escravo que tem um polypo no nariz; fr. 7 — o escravo que *penitus absit*; fr. 15 — a escrava que *bis in mense purgatur* ou que *non purgatur, nisi per oetatem accidit*; fr. 38, quanto a cavallos, bois e outras especies de gado, a cujo respeito diz o § 2º, milita a mesma razão que sujeita os escravos a este edicto. Quanto a immoveis, uma servidão, v. g., pode ser vicio redhibitorio.

Assim a nossa Ord., acima citada, inscreve-se: “Quando os que comprem escravos ou bestas os poderão enjeitar por doenças ou manqueiras”.

Assim finalmente em todas as legislações conhecidas, como se pode vêr em Dalloz, *Répert.*, v. *Vices Redhibitoires*, art. 1º em cujo n. 17 cita a do Brazil.

Si alguns textos e escriptores, em uma ou outra passagem, fazem distincção entre a *actio redhibitoria* (de *re* e *habere*, ter de novo) e a *actio quantí minoris* (*id est, quantí minoris res, cum veniret, fuerit*) fazem-no tão somente porque o edicto dos edis creara duas acções — uma pela qual o comprador pedia a resiliação da venda, outra, a diminuição do preço; distincção que se refere só ao fim a que tende a acção, sem attingir a essencia, que é uma. Mas como este é hoje um dos casos em que o pedido do autor pode ser alternativo, correcto é confundir uma com outra — Vid. Van Wetter, § 108.

Mas por ventura poderá a falta de quantidade equiparar-se a vicio occulto? Absolutamente não. A obrigação de entregar a coisa

vendida importa necessariamente a de entregal-a inteira; nem era preciso que o Código Napoleão o dissesse expressamente, como no art. 1616: *Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle quelle est portée au contrat.*

Agora, qual pode ser a acção que defende o comprador contra o inimplemento desta obrigação do vendedor? Outra não pode ser senão a *actio empti* do Dig., L. 19 tit. 1º, da Ord. L. 4º tit. 5 — Corrêa Telles, § 449.

E porque no contracto em questão numerou-se a área a entregar a tanto por medida, é o vendedor obrigado a entregal-a inteira; si o não puder fazer, soffrerá redução no preço; e como este já foi pago, poderá o comprador repetir a diferença. E assim não pode deixar de ser, porque, na hypothese, a medida geometrica das terras foi essencialmente tomada em consideração, *id est*, 506 alqueires X 50\$000 = á importancia do credito contra o qual foram as terras dadas em pagamento. Tal é a lição universal — Laurent, XXIV, 189 e seg.

Mas esta acção prescreve, visto não haver lei especial em contrario, no termo de trinta annos, que é o termo ordinario da prescripção das acções.

**Portanto, respondo:**

1º Sim.

2º O direito á *actio empti*.

3º Não.

Tal é a minha opinião, de possivel emenda.

*Julho de 1903.*

### XXXV

— O proprietário do solo adquire, por *accessão mixta*, as plantações que outrem fez no mesmo solo.

— Nem porque estas valham mais do que as terras, pode o plantador requerer adjudicação das mesmas terras.

— O proprietário do solo, nem porque mandou colher violentamente os fructos, não incorreu nos delictos dos arts. 329 § 3º e 331 § 2º Cod. Pen.

— Plantações feitas em terreno alheio — Accessão de movel a immovel. — Colheita de fructos. — Indemnização.

### Consulta.

Ha vinte e dois annos Honorio plantou um cafesal em terras que então erão tidas e havidas como sendo de propriedade de seu pai Vicente; e ha nove annos plantou outro cafesal unido ao primeiro e nas mesmas terras, tendo tido licença de seu pai para fazer essas plantações.

Essas terras confrontavam com terras de Theophilo. Posteriormente áquellas plantações, já quando o primeiro cafesal plantado tinha de idade 13 para 14 annos. Theophilo disputou a Vicente a propriedade daquellas terras occupadas pelo cafesal, propondo para esse fim acção de demarcação. Theophilo obteve sentença a seu favor no Tribunal de Justiça. Dessa sentença Vicente interpoz recurso para o supremo Tribunal Federal, que ainda não teve decisão, e além disso Vicente propoz uma acção rescisoria, que tambem em grau de appellação aguarda decisão do Tribunal de Justiça.

A questão das terras está neste pé; mas Theophilo, prevalecendo-se da sentença que lhe foi favoravel sobre as terras, mandou grande numero de camaradas, a mão armada, colher os fructos dos cafesaes plantados por Honorio e bem assim cortar um grande numero de pés de café, factos estes que se realizaram com grande

sobresalto de Honório, que sempre desfructou os ditos cafesaes e esteve sempre na posse delles na maior bôa fé.

Em vista do exposto, consulta-se:

/

Honório é proprietario dos cafesaes, não obstante terem sido plantados em terras alheias?

//

Sendo certo que os cafesaes valem cinco vezes mais que as terras por elles occupadas, Honório não pode requerer adjudicação das terras para si, baseado no art. 569 do Codigo Civil Francez?

///

Theophilo mandando colher os fructos dos cafesaes e cortar os pés de café por grande numero de camaradas armados, sem preceder execução regular e judicial da sentença a seu favor, não commetteu os delictos definidos nos arts. 329 § 3º e 331 § 2º Cod. Pen.?

### **Resposta**

Ao 1º, não. Honório não é proprietario dos cafesaes, precisamente porque os plantou em terras alheias.

O dominio se adquire, dentre varios modos, pela *accessão*, que é a adjuncção reciproca de duas coisas, pertencentes a diversos proprietarios, de forma a constituirem ellas um todo inseparavel. E porque era de rigor que se determinasse um proprietario unico, pois exclusivo é o dominio, o direito estabeleceu que aquelle todo pertencesse ao dono da coisa principal. Dahi o principio ou regra — *accessio cedit principali*, do fr. 19 § 13 *de auro, argento* (XXXIV, 2).

Mas com que criterio se ha de discernir a coisa principal da accessoria?

Parece-nos melhor de seguir o professor Perozzi quando, anotando o § 1729 *b* do *Commentario* de Glück às Pandectas, e a proposito da *especificação*, que é uma especie particular de *accessão*, ensina que se deve ter como criterio determinativo a preponderancia de uma destas duas noções sobre a outra: a idéa de substancia e a idéa de forma. Si esta não modificar a outra ao ponto de convertel-a em *novum corpus*, será principal a materia substancia e accessorio a materia forma; *aliter*, si o primitivo *corpus* desaparece sob a nova forma, emergindo inteiramente novo ou outro. E isto que se diz da *especificação* é correctamente applicavel á *accessão* propriamente dita, qual é a especie da consulta, e particularmente á *accessão de moveis a immovel* — plantas de café adjunctas ao solo.

E porque este não se modifica substancialmente pela implantação daquellas, é que, tratando precisamente da especie da consulta, expressos são os textos e accordes os escriptores em dar ao proprietario do solo a propriedade das plantações e seus fructos.

Eis aqui:

Inst., *de divisione rerum* (II, 1), § 31. "Si Ticio planta em terreno seu, arbusto alheio, este lhe pertence. E no caso contrario, si Ticio planta arbusto seu em terreno de Mevio, esse arbusto pertencerá a Mevio."

Repete o Dig., *de adquirendo rerum dominio* (XLI, 1.) fr. 7º § 13: "Si eu planto em meu terreno arbusto alheio, este é meu. Diversamente si eu planto em terreno alheio arbusto meu, este será delle."

E ambos os textos dão a razão da regra: *Ratio enim non permittit, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egerit*. Quer dizer — que a razão não tolera poder a planta pertencer a outrem que não seja o dono da terra em cujo seio tomou raizes.

Gaio, Inst. II, §§ 73 e 74, depois de firmar a regra — de que é nosso tudo quanto outrem edifica em solo nosso, ainda que o faça no proprio nome, *quia superficies solo cedit* — diz que *multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit*.

— *Plantoe in alieno solo positoe ejus fiunt, cujus est solum, ex quo momento radices in eo egerunt vel coaluerunt...* Do momento em que pegaram ou enraizaram, as plantas postas em solo alheio pertencem áquelle cujo o solo é — Warnkoenig, *Inst. jur. rom. priv.*, § 332. — Vid. mais Mello Freire, III, III, § IX; Serafini, *Istituz. di Dir. Rom.*, § 71; Goschen, *Pandect.*, § 81 etc.

E o que se diz das arvores implantadas, se repete dos fructos ou productos organicos respectivos: fr. 9º princ. Dig. cit.; § 32 Inst. cit. — *Eadem ratione frumenta quoque, quoe terroe coalescunt, solo cedere intelliguntur* — Warnkoenig, § cit. in f.

Mas que acontece com os productos organicos de uma coisa com os *fructos* no sentido stricto e com o *partus ancillae*? inquire Glück., *Pandect.*, § 1730. Não ha duvida que, após a separação, incidem na propriedade do dono da coisa principal.

Isto está firmado a respeito dos animaes (frs 2, 6. D. h. t. XLI, 1; § 19 I, II, 1; fr. 5 § 2. D. de R. V., VI, 1), *dos fructos das plantas* (fr. 12 § 5. D. de usuf. VII, 1; fr. 25 § 1. D. de usur., XXII, 1) e em algumas passagens, dos filhos das escravas (fr. 28 § 1 D. usur., XXII, 1; fr. 3 § 16 seg. D. de usuc., XLI, 3). Como coisa principal entende-se aqui a coisa mãe, isto é, aquella da qual o producto se destaca.

Portanto, e em conclusão, os cafesaes que Honorio plantou em terras de Theophilo pertencem a Theophilo: este os adquiriu por *accessão mixta* — Mello, loc. cit.

Ao 2º, também não, e por força de razão maior.

O art. 569 do código civil francez refere-se tão somente á hypothese da adjuncção de movel a movel, adjuncção que toma varias denominações, como: *especificação*, que é a transformação, por trabalho nosso (*ex industria*), de materia alheia (exemplo: de bronze alheio fundir uma estatua: esta será, não do dono do bronze, mas do estatuario); *confusão*, que é a mistura de liquidos ou lique-factos — por ex. ouro, prata fundidos; *commixtão*, que é a mistura de solidos — por ex., trigo, centeio, ouro em pó etc., e então o producto, sempre que a separação é impossivel, se torna commun entre os donos das substancias confundidas ou commixtas — *I. de div. rerum* §§ 27 e 28; Mello Freire, liv. cit. § VIII; e *adjuncção propriamente dita* (accessão de movel a movel), e comprehende a *inclusio*, a *ferruminatio*, a *textura*, a *scriptura*, a *pictura*, com os exemplos referidos em Serafini, obr. cit., pag. 193 da 3ª edic. E' nessas figuras que se poderá cogitar da applicação do citado art. do Código Napoleão — Laurent, VI, 314 e segs.; Demolombe, X, 181 e segs.; Huc, IV, 160 e segs.; nunca, porém, na accessão de movel a immovel, em que, como se exprime Glück, não é o *jus seminis*, sinão o *jus corporis* que deve prevalecer — fr. 25 por D. *de usur.* (XXII I). Quer dizer: prevalece não o direito que se tem como dono do fructo, mas o que se tem sobre a terra, mãe do fructo. *Com.*, 41 pag. 353.

Ao 3º, não. Posto que Theophilo não devesse, fóra dos termos da judicial execução da sentença que o declarou dono das terras em questão, immittir-se na posse dellas ou colher fructos e cortar cafeeiros, não commetteu, praticando taes actos, os crimes referidos na proposta.

Não devia praticar aquelles actos: 1º) porque a ninguem é licito fazer justiça por suas proprias mãos — fr. 176 *de R. J.*, D., L., 17;



2º) porque deve a Honorio indemnização igual ao valor dos cafesaes por este plantados.

Os cafesaes consideram-se bemfeitorias — Decr. n. 720 de 5 de Setembro de 1890, art. 57 § unico —, que fizeram crescer o valor da propriedade; e o proprietario é obrigado a indemnizar o autor das bemfeitorias pelo augmento de valor que ellas trouxeram ao predio. — Borges Carneiro, II, XI § 66 n. 1.

“O qual pagamento, prosegue este civilista, opinam uns dever ser o valor presente da plantação, não sendo maior que a despesa; outros que do valor da arvore plantada e do trabalho de tratar della; outros que da despesa feita na plantação.”

Reputamos melhor dizer como acima: pelo augmento de valor trazido ao predio — o que fica dependendo do juizo de arbitradores.

E para segurar-se, pode Honorio, *ex jure retentionis*, repellir pela força a violencia que Theophilo commetter. *Vim vi repellere licet*.

Mas absolutamente Theophilo não practicou nenhum daquelles crimes pela obvia razão de ser juridicamente impossivel que alguém damnifique ou furte coisa propria, sendo essencial que taes crimes tenham por objecto uma *rem alienam* — Desjardins, Tr. *du Vol.*, nº 81; Garraud, *Dr. Pén.*, II, n. 123.

Este é o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 23 de Maio de 1897.*

## XXXVI

— Do commisso emphyteutico. Em regra, o pagamento posterior não purga a mora do foreiro.

— Na acção de commisso está implicita a intenção de se consolidar o dominio util no directo.

— Salvo convenção em contrario, no senhorio directo somente cedem, sem indemnização, as bemfeitorias modicas e feitas *ex necessitate juris*.

— Entretanto, a *res judicata* pode alterar estas regras.

— Não produz efeito a sentença que não é intimada por algum dos meios legais.

— A citação pessoal do executado só é necessaria no ingresso da execução.

## Resposta

Ao 1º

Dominam a especie as seguintes regras de direito:

I) A mora ou falta no pagamento da pensão devida pelo emphyteuta importa o commisso da emphyteuse, e, portanto, o seu acabamento. Nem o pagamento posterior, não sendo algum dos casos referidos em Lobão, *Dir. emphyt.* § 780-791, purga a mora do foreiro — Ord. IV, 39 pr. e §§ 1 e 2; cit., Lobão, § 1107.

II) Na acção de commisso, qualquer que seja a respectiva causa, vem implicita a intenção de se consolidar, no dominio directo do senhorio autor, o dominio util que, pela falta arguida, o emphyteuta reu veiu a perder — aliás ficaria sem resultado a acção e inexplicavel a situação das partes — Lafayette, *Dir. das Coisas*, § 151 n. 3. De todo não procede a opinião de alguns DD., segundo a qual o pedido de pagamento dos fóros atrasados implica com o commisso — Lobão, § 811.

III) Quanto ás bemfeitorias trazidas pelo emphyteuta ao predio aforado, seja qual fôr a causa da consolidação dos dous dominios no senhorio directo, a regra de direito é que, sendo o emphyteuta obrigado a melhorar o predio tão somente em bemfeitorias modicas e *ex necessitate juris*, somente estas cedem ao senhorio directo sem obrigação de as indemnizar — Lobão, §§ 613 e 614. Quanto a outras, é o senhorio

directo obrigado a restituir o respectivo valor — Ord. IV, 97 § 22; Lafayette, loc. cit.

IV) Mas como o contracto faz lei entre as partes, e deve ser observado e respeitado enquanto não offende a lei prohibitiva ou os bons costumes, aquella regra cede aos casos em que o senhorio directo e o emphyteuta tenham expressamente convencionado acerca de bemfeitorias. Neste ponto parece não proceder a lição dos DD., referida no cit. § 614 de Lobão, e segundo a qual as *bemfeitorias de grande despeza ou immodicas devem ser indemnizadas ainda que no emprazamento haja a clausula de que o prazo se devolverá ao senhorio com todas as bemfeitorias* — Lafayette, loc. cit., *ibi*: e as que houvessem sido estipuladas no contracto. O proprio Lobão, no § 609 *in fine*, apoiado em Pacion., de Locat., cap. 34 § 2º, 17 19, ensina que *o foreiro não pode repetir as bemfeitorias expressamente pactuadas*.

### **Isto posto, parece:**

a) Que da inserção da clausula referida na consulta de cairem em commisso as bemfeitorias do emphyteuta na falta de pagamento dos fóros por tres annos successivos — só se podia concluir que no commisso ficavam comprehendidas quaesquer bemfeitorias, pois que das modicas e das feitas *ex necessitate juris* não havia mister de menção, já que estas são devidas *ex lege*.

b) Que, portanto, bem julgado foi na 1ª instancia que o emphyteuta perdesse todas as bemfeitorias existentes nos terrenos aforados, sem obrigação, para o senhorio, de as indemnizar.

c) Mas uma vez que a decisão da 2ª instancia, reformando aquella, condemnou o senhorio á indemnização das bemfeitorias immodicas e extraordinarias, e o accordam passou em julgado; a *res judicata*, em sua funcção positiva, fez o direito definitivo e irretractavel entre as partes e, portanto,

d) Que Brito pode ser compellido a pagar o valor das ditas bemfeitorias, sem que lhe assista a faculdade de evitar a consolidação do dominio util em seu preexistente dominio directo nem de se limitar a receber os fóros vencidos.

O accordam do Tribunal da Relação ha de ser reduzido a effeito consoante os proprios termos do seu dispositivo.

Entretanto, como a execução do julgado pode ainda originar larga e morosa controversia, trazendo difficuldades e despesas, não vejo porque não possam as partes entrar ainda em accordo sobre o modo da dita execução — Vj. a nossa *Theoria do Proc.*, § 247, 3º vol. pag. 275.

*Ao 2º.*

Sem duvida que sim. E nenhum effeito produz a sentença que não é intimada por algum dos meios legaes — Reg. 737, arts. 233-235. A regra lembrada no § 197 da nossa *Theor. do Proc.* — *Paria sunt non esse et non significari* — é absoluta.

*Ao 3º.*

O art. 506 do Reg. n. 737 de 1850 deve ser entendido de combinação com o art. 722 — Vid. nossa *Theor. do Proc.*, § 261 nt. 3.

A citação pessoal do executado só é necessaria, sob pena de nullidade, no ingresso da execução — cit. Reg. arts. 47 e 489; art. 673. E como o processo da liquidação de sentença illiquida suppõe pessoalmente intimado o executado e já em juizo, a respectiva sentença pode ser intimada por qualquer das formas do art. 722.

Portanto, dizendo-se na consulta que a sentença de liquidação não foi intimada nem ao executado nem ao seu procurador nem por

pregão em audiência, nullo é tudo quanto por ella se proceder. E havendo o executado arguido a nullidade, deve-a o juiz pronunciar — art. 675.

15-1-93

S. M. J.

### XXXVII

— O dono ou possuidor de um predio agricola, que não é atravessado nem banhado pelas aguas procedentes de outro predio superior, não pode desviar, em proveito proprio, o curso das mesmas aguas.

— A prescripção trintenaria é a que lhe pode aproveitar.

Pergunta-se:

1º) Pode um predio agricola utilizar-se de uma agua procedente de outro predio superior, desviando-a de seu curso natural em terreno do mesmo predio superior?

2º) Quantos annos são necessarios para a prescripção acquisitiva?

### Resposta

1º) O ponto em questão não está regulado por disposição expressa de lei patria. E' o direito romano, modificado pela doutrina acceita nos codigos modernos, e que melhor pareça se harmonizar com os primeiros principios do direito puro, que deve resolver a duvida.

E a melhor doutrina, tambem mais geralmente recebida nos codigos e acceita pelos jurisconsultos, parece ser a que, distinguindo entre os predios adjacentes e contiguos ás aguas correntes dos que são por ellas atravessados, faz applicação de regras de direito differentes. Assim fez o Codigo civil portuguez, que hoje devemos considerar como o mais proximo subsidiario do nosso direito. E porque suas disposições compendiam as melhores lições dos jurisconsultos modernos, com ellas

responderemos á consulta, figurando uma e outra daquellas duas hypotheses, uma vez que a proposta não individualizou o caso occorrente.

*1ª) hypothese*

Eis a doutrina dos arts. 434 e 435 daquelle Codigo:

— Os donos ou possuidores de predios, que são atravessados por quaesquer aguas correntes, não navegaveis nem fluctuaveis, teem o direito de usar dellas em proveito dos mesmos predios, comtanto que do refluxo das ditas aguas não resulte prejuizo aos predios que ficam superiormente situados, e que inferiormente se não altere o ponto de saida das aguas remanescentes. — Entende-se por ponto de saida aquelle onde uma das margens do alveo deixa primeiramente de pertencer ao predio.

— O dono do predio, atravessado pela corrente, tem o direito de alterar ou mudar o leito ou alveo d'ella, sob as mesmas condições estabelecidas no artigo antecedente para o uso das aguas.

*2ª) hypothese*

E' a do art. 436:

— Quando as correntes passarem entre dous ou mais predios, o uso das aguas será regulado pelo modo seguinte:

§ 1º Si a agua fôr sobeja, cada um dos predios adjacentes tem direito á agua que lhe convier.

§ 2º Si o não fôr, esse direito se limita á parte das aguas proporcional á extensão e precisões do respectivo predio.

§ 3º Cada um dos donos ou possuidores dos predios, neste ultimo caso, poderá derivar a porção de agua que lhe couber, em qualquer ponto da sua linha marginal, sem que o outro com o pretexto de a derivar superiormente, haja de privar-o dessa porção no todo ou em parte.

§ 4º A' saída das águas remanescentes, si as houver, é applicavel a regra da 1ª hypothese.

Vejam-se os arts. 644 do Código Napoleão e 543 do Cod. civil italiano, em que aquelle se moldou.

E' o systema chamado da *contiguidade*, segundo o qual "os unicos predios que se podem aproveitar das águas correntes de uso commum são os predios marginaes, isto é, os predios adjacentes e contiguos ás mesmas correntes, ou sejam atravessados, ou simplesmente banhados por ellas." Teixeira de Magalhães, *Aguas*, cap. II n. 21; Abel Andrade, *Com. ao cod. civ. port.*, I, 221.

### **Isto posto,**

si as águas não atravessam nem banham algum predio visinho, é sem duvida que o proprietario deste não tem o direito de entrar no predio superior para dali derivar em seu proveito o curso das mesmas águas.

2º) Pelas lições de Lobão, *Aguas*, § 123-151, penso que a unica prescripção ao caso é a trintenaria.

### **XXXVIII**

— O contracto de honorarios de advocacia é um contracto de locação de serviços.

— Está sujeito a qualquer especie de provas das admittidas em direito.

— Sua rescisão injusta obriga á satisfacção de perdas e danos.

### **Consulta**

Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup>, proprietarios da "Cervejaria Teutonia", situada em Mendes, Estado do Rio de Janeiro, em data de 16 de Dezembro de 1898 escreveram ao Dr. Olympio Leite advogado estabelecido na cidade de Lorena, Estado de S. Paulo, onde tinha clientela

regular, convidando-o para ser advogado de partido da dita Cervejaria sob a condição *sine qua non* disseram elles, do Dr. Olympio Leite effectuar a sua mudança ou para Mendes ou para a Capital Federal: *“Julgamos que devemos instar sobre a conditio sine qua non que V. no caso de acceitar transfira a sua residencia ou para Mendes ou para o Rio de Janeiro”*.

O Dr. Olympio Leite foi a Mendes e ali declarou a Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup>, que estava prompto a acceitar a advocacia de partido que lhe era offerecida e mudar-se para o Rio de Janeiro, mas somente mediante o honorario de um conto de reis por mez e pelo tempo de dez annos.

Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup>, promptificando-se a pagar ao Dr. Olympio Leite o honorario acima mencionado, ponderaram-lhe no entretanto, que não podiam fazer o contracto pelo prazo de dez annos, como queria o Dr. Olympio Leite, porque o prazo do seu contracto social expirava antes desse tempo, a 30 de Junho de 1905, e que, portanto, o contracto com o Dr. Olympio Leite só poderia vigorar até esta data (30 de Junho de 1905).

Ficaram dest’arte combinadas verbalmente entre Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> e o Dr. Olympio Leite as condições em que este, fechando o seu escriptorio de advocacia em Lorena, viria para a Capital Federal como advogado de partido daquelles.

O Dr. Olympio Leite, cumprindo o convencionado, começou desde logo a patrocinar as causas de Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> e a guial-os com seus conselhos em todos os demais negocios, recebendo, nas occasiões em que ia a Lorena em visita á sua familia, que lá se conservava á espera da passagem do verão, cartas dos seus constituintes insistindo pela sua mudança: *“Será bom que V. venha quanto antes para o Rio de Janeiro”* (Carta de 12 de Janeiro de 1899). *“Julgamos summamente importante que o amigo esteja morando desde já no Rio de Janeiro em vez de Lorena para poder guiar as nossas transacções*



*juridicas*" (carta de 4 de Março de 1899). Mudando-se definitivamente com sua família de Lorena para a Capital Federal, ali e alhures prestou ininterruptamente seus serviços profissionais, por espaço de 3 annos, a Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> que, por seu turno, pagaram-lhe com pontualidade os honorarios ajustados, de um conto de reis por mez.

Em 29 de Outubro de 1901 Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> dirigiram ao Dr. Olympio Leite uma carta communicando-lhe que, do dia 1º de Dezembro seguinte em diante, os seus interesses e as suas questões não seriam mais tratados por advogado que recebesse honorarios fixos, mas que, para cada caso, fariam um contracto especial.

Sorprehendido por semelhante procedimento dos seus constituintes, o Dr. Olympio Leite escreveu a um dos socios solidarios da firma, Ernest Preiss, residente em Hamburgo, extranhando a attitude de seus representantes aqui e lhe expondo as condições em que tinha accetado o cargo de advogado de partido da "Cervejaria Teutonia"; condições que foram livremente acceitas em 1898 por Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup>, representados então por José Lohu e Carlos Preiss, gerente da firma.

Recebendo a carta do Dr. Olympio Leite, Ernest Preiss telegraphou immediatamente de Hamburgo para Mendes, o que determinou Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> avisarem, por carta, ao Dr. Olympio Leite *"que ficava adiado o effeito da carta de 29 de Outubro de 1901 até segundo aviso, que lhe dariam logo que recebessem instrucções do Sr. Ernest Preiss"*. Este, em 29 de Novembro de 1901, escreveu ao Dr. Olympio Leite dizendo-lhe: *"Não tendo conhecimento dos detalhes da combinação feita em 1898 entre V. S. e a minha firma Preiss, Haussler C.<sup>a</sup> escrevo hoje para Mendes sobre este negocio, expondo claramente as minhas idéas e estou certo de que não será difficil achar um modo de solver a questão, resalvando tanto os interesses de V. S. como os de minha firma"*. Estando o Dr. Olympio Leite com um dos gerentes da "Cervejaria Teutonia", foi por este informado que o Sr. Ernest Preiss

mandára ordens terminantes para que a combinação verbal feita em 1898 entre o Dr. Olympio Leite e Preiss, Haussler & C.<sup>a</sup> somente vigorasse até 31 de Janeiro de 1902 e que dahi por diante os honorarios ajustados naquella época ficariam reduzidos a menos de metade, isto é, a 5 contos de reis por anno. O Dr. Olympio Leite, conhecendo, pela informação alludida, qual a intenção dos Srs. Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> a seu respeito, deixou sem resposta as cartas que estes lhe dirigiram sobre o caso em 24 de Dezembro de 1901 e 14 de Janeiro de 1902.

“Em vista da decisão do Sr. Ernest Preiss, ultimamente recebida, levamos ao conhecimento de V. S. que fica vigorando só até 31 de Janeiro de 1902 a combinação verbal até hoje cumprida, sobre os honorarios de V. S. Estamos promptos desde já a entrar numa nova combinação com V. S. e ja indicamos verbalmente as respectivas condições, sentindo não poder offerecer mais vantagens a V. S. em vista das ordens terminantes que temos recebido, de outro lado a respeito. Esperando poder tambem contar no futuro COM O SEU VALIOSO AUXILIO, rogamos a V. S. a fineza de responder-nos.” (Carta de 24 de Dezembro de 1901).

“Devemos repetir que os seus honorarios de um conto de reis por mez só podem ser pagos até 31 de Janeiro corrente, e que desta data em diante só baseado NUM NOVO ARRANJO poderão ser fixados” (Carta de 14 de Janeiro de 1902).

Recusando terminantemente o Dr. Olympio Leite annuir á proposta da redução dos seus honorarios feita por Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup>, estes, a 30 de Janeiro de 1902 revogaram-lhe a procuração com a qual prestava á firma os seus serviços profissionaes, ficando até hoje no desembolso dos seus honorarios correspondentes ao referido mez de Janeiro, porque recusou, em troca dos mesmos, dar a Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> um *recibo por saldo de contas*, exigido por elles com empenho.

A 10 de Abril de 1902, o Dr. Olympio Leite intentou contra Preiss, Hussler & C.<sup>a</sup>, pelo fôro da Comarca da Barra do Pirahy, uma acção ordinaria na qual reclama os seus honorarios até o fim do contracto e as perdas e damnos pela rescisão, sem justa causa, do seu contracto. Na dilação probatoria Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> confessam (o que aliás já havia

feito o advogado delles nos artigos da contestação), que, de facto, dirigiram ao Dr. Olympio Leite as cartas acima referidas; que o Dr. Olympio Leite, na verdade, em 1898, exigiu que o seu contracto durasse pelo prazo de dez annos, ao que elles responderam que isto não podia ser por que o prazo do contracto social da firma expirava antes desse tempo, a 30 de Junho de 1905; que não obstante haver o Dr. Olympio Leite exigido o prazo de dez annos, ficou combinado que elle mudar-se-ia, com a familia, de Lorena para o Rio de Janeiro *“e ficaria como advogado da fabrica em quanto bem servisse e conviesse aos interesses desta”*; que, nestas condições o Dr. Olympio Leite, um mez depois de sua mudança, podia ser dispensado; que o honorario do Dr. Olympio Leite, era de um conto de réis por mez, o qual lhe foi pago pontualmente durante tres annos.

O Dr. Olympio Leite, alem de outras testemunhas que souberam dos factos referidos por ouvida de um dos gerentes da Fabrica, produziu duas outras que, tendo assistido ao ajuste feito entre elle e Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> em 1898, relataram-no de modo conteste e uniforme, não tendo sido contradictadas nem contestadas.

Em vista do exposto, pergunta-se:

/

Qual a natureza juridica do contracto celebrado entre o Dr. Olympio Leite e a firma Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup>?

//

Não se tendo estipulado por escripto o prazo dentro do qual o Dr. Olympio Leite prestaria a Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> os seus serviços profissionais; mas havendo testemunhas que assistiram ao ajuste feito entre aquelle e estes, em 1898, a prova testemunhal, ex-vi do art. 183 do Regul. nº 737 de 1850, póde ser admittida na hypothese figurada como subsidiaria ou complementar da prova resultante das cartas

missivas e do depoimento de Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> reproduzidos, em substancia, na proposta?

///

Provado o contracto, o Dr. Olympio Leite, conjuntamente com os seus honorarios até 30 de Junho de 1905 tem direito de reclamar de Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> a indemnização das perdas e danos resultantes da inexecução do mesmo contracto?

### Resposta

/

Tenho como viciada por preconceitos de escola a velha e renhida polemica sobre saber qual é a natureza juridica do contracto de honorarios de advocacia. Sobre o assumpto já escrevi longa dissertação, que brevemente virá á luz.

Em resumo, tres são as doutrinas correntes:

a) é um *contracto innominado: do ut facias* — Mackeldey, § 380; Puchta, *Inst.* § 275; Glück, *Pand.*, § 1048;

b) é um *mandato* — (Warnkoenig, *Comm.*, II, 615; Vinnius ao § 13 *Inst.* III, 26 n. 1; Pothier, *Du Louage* ed. de 1821, n. 10;

c) é uma *locação de serviços* — Brunnemann, *Comm. ad Leg.* 13 Dig. *locati-conducti* (XIX, 2); Windscheid, *Pand.*, § 404 e notas da 5<sup>a</sup> ed., Zachariae, ed. Aubry et Rau, § 375 *bis*; Championnière et Rigaud, *Tr. des droits d'enregistrement*, vol. 2<sup>o</sup>, n. 1487.

*Ubi veritas?*

Para mim está na terceira doutrina.

Não está na primeira porque a *theoria romana* dos contractos innominados não somente não é verdadeiramente romana — Gans, *Dir. das Obrig.*, p. 187 — como, quando o fosse, teria perdido por completo qualquer interesse pratico no direito contemporaneo, porquanto consistindo a discriminação entre os contractos nominados e os innominados, não em terem nome os primeiros e deixarem-no de ter os segundos, mas em que aquelles eram protegidos por acção particular ou propria, legitimada pelo direito civil, ao passo que aos innominados só competia a acção geral *proscriptis verbis*, commum a todas as convenções innominadas — Bonjean, *Tr. des Actions*, §§ 270 e 271 — tudo isto desapareceu do nosso direito. Não conhecemos mais a discriminação entre as acções *in jus* e as acções *in factum* ou *proscriptis verbis* dos romanos. Toda relação de direito é protegida pela acção que lhe é propria, assentada esta propriedade em alguma das razões em que a lei houver previamente posto a respectiva differença morphologica: valor pecuniario do pedido, feição juridica do titulo accionando, natureza intima do direito negado ou outra qualquer.

Não está na segunda, não só porque são hoje de todo descabidas as razões dos que viam em tal contracto coisa muito nobre e elevada para ser enquadrado na classe da locação de serviços, havida esta como si fosse contracto baixo e ignobil; apagada, na esphera dos phenomenos juridico-economicos, a distincção entre *operoe liberales* e *operoe illiberales*; meramente futil a divisão que só os preconceitos romanos, infelizmente mantidos até epocas ainda não muito remotas, levantaram entre a *honoraria* e o salario, pois que este é hoje, na valente phrase de Ihering, *Zweck im Recht*, 69, o *movel determinado de todo commercio juridico* — como porque seria confundir o mandato judicial, cuja forma se externa na procuração, comprehensiva de poderes mais ou menos amplos de representação forense, com o contracto firmador do preço dos serviços a prestar.

Mas é verdadeiro contracto de locação de serviços, mediante o qual o advogado se obriga a trabalhar em troca de certa quantia de dinheiro que o constituinte se obriga a lhe pagar. E eis aqui os caracteísticos de um contracto synallagmatico commutativo perfeito, que pela linha especifica que lhe define o conteúdo, só pode ser o de locação de serviços.

Vide o Cod. civ. austriaco, art. 1163; Macleod, *Elem. of Political Economy*, ch. 1º n. 92; Umberto Pipia, *Nozioni di diritto industriale*, Introd.; e especialmente Championnière e Rigaud no logar já citado.

---

E considerando concretamente a especie da consulta, que lhe falta para constituir por completo uma verdadeira locação de serviços? Eis aqui:

- a) salario annual determinado;
- b) prazo certo para prestação dos serviços;
- c) imposição de logar para residencia;
- d) falta de escriptura publica.

Pois si fosse mandato judicial no sentido rigoroso e technico, poderia por ventura o advogado se apresentar em juizo só com as cartas em que aquellas condições do contracto eram postas? E nas causas em que effectivamente exerceu a advocacia na defesa do direito de Preiss, Häussler & C.<sup>a</sup> deixou de produzir procuração? Aqui está: nas cartas firmou-se o contracto de locação de serviços, nas procurações, o de mandato judicial. Contractos distinctos, creadores de direitos e obrigações perfeitamente differentes.

### **Portanto,**

o contracto de que trata o 1º quesito da consulta é um contracto de locação de serviços de advocacia.

//

A affirmativa me parece inabalavel, e já no § 172 nt. 2<sup>a</sup> da nossa *Theoria do Processo* deixámol-a copiosamente demonstrada. Não repetiremos o que ali pode ser lido.

A prova testemunhal só é repellida quando a escriptura fôr exigida *ad substantiam negotii*; mas na hypothese, a lei não traçou especie alguma de fôrma só capaz de provar o contracto em questão. Portanto, nem me parece que fosse necessario haver o *começo de prova por escripto*, de que falla o art. 183 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, que aqui estaria nas cartas em questão, para ser admittida a prova por testemunha. Esta prova, sem o concurso de outra qualquer, bastaria no caso.

///

A affirmativa é consequencia logica das respostas anteriores. Dada a existencia do contracto e sua prova, o inimplemento voluntario de qualquer das suas clausulas sujeita o respectivo infractor á satisfacção do prejuizo, que trazer á outra parte. O interesse desta ha de ser satisfeito não só no que effectivamente perdeu como no que deixou de lucrar — Lacerda de Almeida, *Obrigações*, § 38.

Este é o meu parecer, salvo melhor.

Maio 1903.

### XXXIX

— Os contractos de honorarios de advocacia devem ser interpretados e cumpridos segundo os principios geraes do Direito das Obrigações.

— A cessão que a terceiro o cliente faça do negocio que originou o contracto de honorarios é, para o advogado, *res inter alios acta*.

### Consulta

Em contracto de honorarios de advocacia para liquidação de uma apolice de seguros, A. se obrigou a pagar ao advogado B. somma igual a dez por cento do que liquidasse com a Companhia seguradora, alem das custas e despesas.

Entretanto, o segurado A. fez cessão a C. da propriedade da apolice, e no respectivo contracto ficou estipulado que C. pagaria a B. aquelles mesmos dez por cento do que se liquidasse.

A Companhia foi condemnada ao pagamento da importancia total do seguro; mas o cessionario C. entrou com ella em accordo, e mediante metade desta importancia, lhe deu quitação.

C. pretende agora só estar obrigado a pagar a B. dez por cento desta metade; negando-se mesmo a satisfazer despesas e custas.

C. terá razão?

### Resposta

A proposta duvida se resolve pelos principios geraes do Direito das Obrigações.

Os contractos se cumprem segundo o que se contem nos respectivos termos — nenhum contracto pode ser modificado sem consentimento dos respectivos agentes: eis as regras dominadores da hypothese.

Si o segurado A. contractou pagar ao advogado B. o honorario de dez por cento do que liquidasse do valor da apolice em questão, alem da importancia das custas e despesas, e contra a Companhia seguradora obteve o advogado sentença condemnatoria ao pagamento da totalidade do seguro, visto é que a 10% desta totalidade tem direito o advogado.



Porque se duvida de coisa assim evidente?

Parece que por haver o segurado A. cedido a C. a propriedade da apolice, e C., entrando em transacção com a Companhia seguradora, ter unicamente recebido desta a metade daquelle valor — e então, pretende C., só 10% desta metade está obrigado a pagar a B.

Absolutamente não é assim:

a) Porque no contracto de cessão entre A. e C., obrigou-se este expressamente a satisfazer a B. aquella mesma obrigação de A., isto é, pagar *10% sobre a quantia que fosse liquidada (sic)*, e esta liquidação só se pode entender da obrigação a que a Companhia seguradora fosse judicialmente condemnada.

Esta é que a *res solvenda* da obrigação.

b) Porque, quando mesmo C. não houvesse assumido expressamente tal obrigação — especie de *condição modal*, de que falla Glück, *Pand.*, § 336; abolida a pretensa regra do direito romano — de que o *modus*, que não raro na denominação se confunde com a condição (*Modus soepe appellatur conditio*) só tem logar nos actos de liberalidade (Thibaut, *Interp.*, § 102) — nada com isso teria B., cujos direitos contractuaes não podiam ficar sujeitos a acto singular de A.

c) Porque a expressão — *que for liquidada* — não podia se referir sinão á somma em dinheiro a cujo pagamento fosse o segurador condemnado; *aliusmodi*, poderíamos chegar ao absurdo de tirar do advogado B. todo direito a qualquer honorario, pois que, si foi licito a C. transigir com o segurador em 50% do credito exequendo, não o era menos ir até á completa remissão da divida, sem que se pudesse abrir discussão sobre o motivo della — Windscheid, II, 357, 1; Laurent, XVIII, n. 333.

E si A. tivesse feito pura doação da apolice, ficaria o donatario liberado da obrigação de pagar 10% do valor da condenação? Ninguém dirá que sim.

d) Porque, em todo caso, o ultimo contracto de transacção havido entre C. e o segurador é, para B., *res inter alios acta*.

Quanto ás custas e despesas contadas e pagas, perfeito é o direito do advogado a se cobrar dellas. E assim é, não só porque a tal pagamento é sempre obrigado o *dominus negotii*, como porque, como já se disse, quaesquer que fossem as novações que A., C. e a Companhia trouxessem ás relações em questão, a ellas seria absolutamente extranho o advogado B.

E ficam assim respondidos os quesitos propostos.

Assim parece, s. m. j.

21, 12, 01.

## XL

— Elementos para avaliação de honorarios de advocacia.

## Resposta

Perguntar si é caro o honorario contractado por serviços prestados de advocacia, tenho eu como a maior das impertinencias que seja possivel se levantarem no caminho desta a mais honrosa das profissões sociaes. De serviços prestados, sim: bem se póde affirmar si custaram caro ou barato.

Qualquer que seja a especie ou fôrma da remuneração promettida ao advogado — *honorarium*, *xenium*, *solatium*, *merces*, *palmarium* — será sempre escassa si o advogado soube honrar o mandato, será sempre demasiada si, trahindo a fé com que o

distinguiram, incorrer na execração da lei das XII taboas: *Patronus, si clienti fraudem fecerit, sacer esto*. Como dizer si o salario é justo, excessivo ou modico antes de findo o mandato pela effectiva liquidação do negocio? Entretanto, dados os elementos iniciaes — de um lado, a importancia juridica ou economica da causa e a posição e condições financeiras do cliente, do outro, a fama profissional do patrono — bem se pode aventurar uma resposta á pergunta aqui feita: Este ajuste de honorarios é caro?

Não é, digo com a consciencia que sempre a prumo tenho mantido nos trinta annos da minha afanosa advocacia.

Longo, mexedor, farto de incidentes imprevistos e enredos de meticulosa chicana, basto de pesquisas demoradas, embaraçado em questiunculas de titulos, exames de livros, balanços, calculos intrincados, agravos e mil coisas, e solitammentemente embaçado com a proverbial recusa dos devedores insolventes, o processo da liquidação forçada de uma companhia, como a Sorocabana — vasto e emmaranhado ninho de transacções difficilmente ponderaveis — necessariamente haverá de exigir do advogado dilatado e fatigante trabalho. E quem poderá prever quantas e quaes questões de direito ou de facto de alta indagação poderão surgir daquelle pandemonio!

Ao lado disto, avulta a somma dos creditos cujo patrocínio faz objecto do mandato de que se trata. Oito mil e duzentos contos de réis talvez representem a cifra maior de quantas tenham sido liquidadas nos tribunaes brasileiros.

E já desde os romanos que a importancia pecuniaria da causa determina a quantidade da *merces* devida aos patronos. Estes buscavam mesmo, preferentemente, as causas gordas, porque, no dizer de *Marcial* (I, 108) — *in steriles campos nolunt juga ferre juvenci*.

Por outro lado, a posição e condições financeiras do cliente estão muito acima da linha *commum*.

Mas de cliente poderoso e rico *honorarium* maior.

Cicero, o mais celebre dos advogados de Roma, escreveu em seu *DE OFFICIIS*: *Quis et tandem, qui inopis et optimi viri causas non anteponat, in opera danda, gratiam fortunati et potentis? A quo enim expeditior et celerior remuneratio fore videtur, in eum fere est voluntas nostra propensior.*

“Qual de nós não prefere a causa do rico e poderoso á do mais honesto homem, si é pobre? Nós nos deixamos quasi sempre levar para aquelles de quem podemos esperar mais certa e prompta remuneração dos nossos serviços”.

Na *Mostellaria*, de Plauto:

... *Patrone, salve.*

— *Nil moror mihi istius modi clienteis.*

Mas, dadas estas circumstancias, e attendendo ao costume do fôro, segundo o qual ordinariamente o advogado ajusta uma porcentagem, que costuma ser de 10 a 20%, bem ao contrario se pode dizer que o cliente, não obstante ser o mais poderoso e rico dos clientes imaginaveis, vai pagar menos do que os outros habitualmente pagam.

Por outro lado, si na energica phrase de IHERING (*Zweck im Recht*, n. 75, trad. de Meulenaere) *l'individu vit POUR sa profession et il EN vit*, como taxar de caro o preço ajustado, quando, si o cliente é o Estado de S. Paulo e o *quantum* do negocio excede de oito mil contos de réis, cada qual dos patronos já consolidou a fama de *vir bonus, dicendi peritus*?

Não; não é caro o salario ajustado. E foi para casos como este que o grande IHERING, na obra citada, n. 81, escreveu estas linhas: “A profissão pode ser considerada como regulador do salario. Aquelle que ella

fixa é sempre justo, quer dizer, sempre adequado á prestação: e a sociedade tem interesse maior em que o preço não seja rebaixado, pois que o justo preço é a condição do trabalho justo. A profissão mesma periclita quando não obtém o que lhe é devido. Também aquelle que reduz os salarios não é um bemfeitor, porque attenta contra aquillo que constitue a base de toda profissão: o equilibrio experimentalmente estabelecido entre o trabalho e o salario."

Tal sempre foi a minha *norma agendi*, tal é o meu consciencioso parecer.

*S. Paulo, 30 de Maio de 1903.*

---

## SEGUNDA PARTE

---

### DIREITO COMMERCIAL

---

#### XLI

- Valida é a doação feita por commerciante a filho seu, qualquer que seja a causa e não obstante haver reserva de usufructo.
- Dos bens assim doados não póde o doador fazer hypotheca valida.
- Mas em beneficio da massa é nulla si o doador veiu a fallir dentro em dous annos da data da doação.

#### Resposta

Ao 1º) Valida é a doação de que se trata.

Tanto é certo que pais podem fazer doações a filhos, que a Ord. L. 4º tit. 97 o reconhece explicitamente, mandando, que por morte dos doadores, tragam os filhos á collação o que pelos pais lhes houver sido doado.

Que taes doações podem ser feitas não sómente em contemplação de casamento, mas por qualquer causa, prova-o a mesma Ord. nas palavras — *quer em outra qualquer maneira*; e segundo Valasco, *de Partit.*, cap. 13 n. 13, e Guerreiro, *de Divis.*, L. 2º cap. 10 n. 23, os bens que os filhos devem trazer á collação comprehendem *todas e quaesquer doações feitas pelos pais tanto para o matrimonio, como para qualquer outro fim* — Candido Mendes, *Cod. Phil.*, pag. 969 1ª col. nt. 1ª n. 1.

Que seja licita a doação com reserva do usufructo para a vida do doador, parece-me fóra de duvida, porquanto, si o direito reprovava a doação sem reserva de alguma coisa, para que se não siga a miseria do

doador, na alludida reserva pode comprehender o usufructo da propria coisa doada — o que é confirmado pela citada Ord. L. 4º tit. 97. — (Vid. *Repert.* tom. 2º nt. c) pag. 170 e *Cons. das Leis Civ.*, art. 425.

E tendo se observado na escriptura todas as formalidades legaes, até, mas escusadamente, o processo da insinuação (*Consol.* art. 417 § 1º), não vejo porque, só por si, se tenha como nulla aquella doação.

Ao 2º) Logo, não podia o doador fazer hypotheca das casas doadas, porquanto, si somente pode hypothecar quem pode alheiar — Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 2º § 4º — não podendo taes casas ser alheias, pois já o tinham sido pela doação, não podiam ser hypothecadas.

Ao 3º) Entretanto, como o facto modifica o direito, a lei, posto que substancial e formalmente seja valido o acto de que se tratar, annulla-o, dadas certas circumstancias, mesmo independentes da vontade das partes. Assim, pela disposição expressa do art. 29 letr. a) do Dec n. 916 de 24 de Outubro de 1890, que com excessivo rigor alterou as disposições dos arts. 129 § 5º e 827 § 1º Cod. Com., retrotrahindo a dous annos as epocas ali marcadas para annullação das doações, nullos de pleno direito ficam quaesquer actos a titulo gratuito celebrados pelo commerciante que vier a fallir dentro em dous annos contados entre a celebração do acto e a data legal da fallencia — estivesse embora de boa fé. Neste caso a lei faz presumir que o prejuizo dos credores proveiu do acto gratuito do devedor, e applica a sentença de Casaregis, Disc. 135 n. 4: *Decoctus, SEU DECOCTIONI PROXIMUS, nihil agere potest in proejudicium suorum creditorum.* Vid. Dalloz, vb. *Faill. et Banq.*, n. 275.

Portanto, pareça embora muito rigorosa aquella proximidade de 14 mezes que mediam entre a doação e a concordata do doador, nulla é de pleno direito a mesma doação, já que foi feita dentro dos dous annos da lei: *Dura lex, sed lex.*

Mas esta nullidade não pode ser declarada somente em benefício dos dous credores em cuja garantia o doador fez a hypotheca de que se trata, mas sim deve beneficiar a massa — cit. art. 29 letr. a), *ibi*: *Consideram-se nulos de pleno direito, mas somente a beneficio da massa...*

E' por isso que,

Ao 4º) Podem os credores, no interesse do cumprimento da concordata, pedir a annullação da doação, sem que lhes obste a hypotheca, que em caso algum deve prevalecer; e aos mesmos doadores é licito, exercendo a acção dos devedores, pedir a dita annullação contra os filhos donatarios.

8. 7. 97.

## XLII

— A factura cuja remessa e acceitação, sem opposição immediata do comprador, opera, nos termos do art. 200 n. III Cod. Com., tradição symbolica, não é a da propria venda, sinão a que transferiu ao vendedor a propriedade da coisa revendida.

Dispõe o art. 200 n. III do Cod. Commercial que se reputa mercantilmente tradição symbolica, salvo prova em contrario no caso de erro, fraude ou dolo, a remessa e acceitação da factura, sem opposição immediata do comprador.

Fundados nestas disposições, A B & C<sup>a</sup> pretendem haver feito entrega de certa partida de café, cuja venda haviam ajustado com F. & C<sup>a</sup>, e para tanto allegam lhes haverem remettido a respectiva factura de venda e a competente ordem de entrega contra X, em cujos armazens se achava a mercadoria.

F & C<sup>a</sup>, recusando-se ao pagamento do preço que ora A B & C<sup>a</sup> judicialmente lhes pedem, allegam nunca lhes haverem os vendedores feito entrega do café, nem mesmo pela tradição symbolica de que falla aquelle artigo do Codigo.



Pergunta-se:

— Procede esta defesa? A factura da propria venda, remetida pelo vendedor ao comprador, basta para operar aquella tradição?

—  
A questão é da maior simplicidade e está unanimemente resolvida no sentido negativo. A factura cuja remessa e acceitação opera tradição symbolica não pode ser a da propria venda, sinão a que transferiu ao vendedor o dominio das coisas de que elle ora faz revenda.

O grande Dumoulin, transcripto em Merlin, *Répert. vº Tradition*, n. 1 § 2º, resume esplendidamente os principios reguladores da materia. Lembrando os diversos modos pelos quaes se pode dar a investidura possessoria do comprador de um feudo, esta se faz, diz elle, *vel per realem traditionem fundi venditi, vel aliud aquipollens, putà, precarium, constitutum, vel retentionem ususfructus, vel traditionem clavium in proesentia rei, vel per ingressum emptoris de licentia venditoris, vel PER TRADITIONEM INSTRUMENTO RUM ACQUISITIONIS FEUDI, IN QUIBUS CONTINETUR JUS COMPETENS VENDITORI IN ILLO FEUDO (L. 1 C. de donat.), QUAE ITA INTELLIGI DEBET, NON AUTEM PER TRADITIONEM INSTRUMENTO RUM IPSIUS VENDITIONIS, ut tenent Guillelmus, Bartolus, Imola, Alexander, etc., etc.*

“Assim, ensina o profundo Merlin, para que, e suppondo a mercadoria á vista do vendedor e do comprador no momento da convenção, pudesse se operar uma tradição ficta pela remessa de titulos, fôra preciso que esta remessa caísse sobre os actos que authenticassem a compra que o vendedor havia precedentemente feito dessas mercadorias, e não sómente sobre o acto mesmo pelo qual elle as vendia: *Non autem per Traditionem instrumentorum ipsius venditionis.*”

Dalloz não é menos claro e explicito. Em seu *Répertoire v. Vente*, ns. 607 e 608, considerando até como especie de tradição real, e não meramente symbolica, a remessa *dos titulos*, os quaes, bem pondera elle,

*donnent à l'acquéreur la faculté de se mettre en possession et d'écarter tous les obstacles que des tiers pourraient opposer à sa jouissance*, ensina que taes titulos comprehendem não sómente o acto de venda, mas ainda os *titulos anteriores firmativos do direito do vendedor*. E accrescenta que *cette dernière opinion est la seule qui puisse être admise aujourd'hui*.

E a razão a dá elle dizendo, que não só a lei diz a remessa *dos titulos*, e não *do titulo*, qual diria se quizesse se referir ao proprio titulo de venda, como é certo que o comprador a quem apenas se entregasse o titulo de venda (a nossa factura) não estaria suficientemente armado contra as pretensões dos terceiros; não estaria habilitado a provar o seu direito; “porque não basta estabelecer que elle tem todos os direitos que tinha o vendedor; é preciso que elle prove que este mesmo era proprietario: assim emquanto não está de posse dos titulos anteriores á venda, não se pode dizer que a coisa comprada está em seu poder.” Conc. Troplong, *Tr. de la Vente*, n. 276; Duvergier, I, 255; Marcadé, aos arts. 1605 a 1607, n. 2 nt.; Huc, X, 75; Delamarre e Le Poitvin, IV, 221; Vidari, IV, 1945 e 1947; Umberto Grego, nt. I ao § 983 das *Pandectas* de Glück, ed. de Serafini, etc., etc.

Esta é a razão capital de decidir e sufficientemente juridica para que fique inabalavel. E basta reproduzir o que escreveu o emerito Duarte de Azevedo na Revista n. 11.040 de J. N. de Carvalho & C<sup>a</sup> v. Amaral, Rocha & C<sup>a</sup>, e foi julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça:

“Si a factura da venda é o titulo do contracto, e o que serve ao comprador para coagir o vendedor a lhe entregar a coisa comprada, seria extravagante dizer-se que a remessa da factura da venda importa em tradição symbolica da mercadoria vendida. Entregar como e entregar o que, si ao comprador já foi feita, pela remessa da factura de venda, a entrega da coisa vendida?

Não, a remessa do acto da venda nunca pode equivaler á tradição da coisa vendida — Massé, III, n. 1064 — IV, n. 2449. Mas, o mesmo não acontece si o vendedor faz a remessa do *acto da compra*, isto é, do titulo pelo qual adquiriu a propriedade da mercadoria que revende, porque renunciando á posse desse titulo, que é o da defesa de sua propriedade, como que abdica a livre

disposição della e transfere ao comprador os meios juridicos de defendel-a. — Troplong, lug. cit.”

### **Isto posto,**

respondo que procedente é a defesa de F. & C<sup>a</sup>: a factura a que se refere o art. 200 n. III do Codigo Commercial não é a da propria venda, sinão a que firma a, propriedade do vendedor, que por ella lhe é transferida.

Este é o meu parecer, que submetto ao dos doutos.

### **XLIII**

— Credor pignoratício pode vender, para seu pagamento, titulos recebidos em penhor, havendo para isso clausula expressa no respectivo contracto.

### **Consulta**

Em contracto de penhor mercantil, celebrado com um Banco, existe a seguinte clausula:

“Vencida a letra e não paga, poderá o Banco dispor publica ou particularmente, por venda ou por qualquer outra transacção que julgar conveniente, do alludido penhor, afim de embolsar-se do que lhe fôr devido, para o que fica o Banco desde já auctorizado com plenos e illimitados poderes, inclusive os de procuração em causa propria, que por esta lhe outorga o abaixo assignado, sem dependencia de nenhuma outra consulta, informação ou aviso judicial ou extrajudicial.”

O contracto está assignado pelo devedor, mas a clausula transcripta acha se impressa.

Pergunta-se:

1º E’ conforme á lei a clausula supra transcripta e por virtude da mesma, vencida que seja a divida, poderá o credor pignoratício alienar ou negociar particularmente os titulos — ao portador ou nominativos — que recebeu em penhor?

2º No caso affirmativo, qual a providencia que deverá tomar o credor pignoratício, si os administradores das sociedades anônymas se recusarem a mandar lançar no livro proprio as transferencias de titulos nominativos que, em virtude da alludida clausula, tiverem sido alienados ou negociados pelo mesmo credor?

### Resposta

Parece-me:

1º Que não ha lei que se opponha á clausula em questão. Ao contrario, no direito civil está explicitamente consentida na Ord. Liv. 3º Tit. 78 § 7º — regra que vinha do direito romano, como se vê de Mello Freire, Liv. 3º Tit. XIV § XVIII — *De distractione pignoris*.

A unica convenção que a lei prohibe é a que tenha por objecto conferir ao credor pignoratício a faculdade de, vencida a divida, ficar com o penhor para seu pagamento. *“Se algum devedor empenhar a seu credor alguma coisa, com a condição que, não lhe pagando a divida a dia certo, o penhor fique por ella vendido e arrematado ao credor, mandamos que tal convença seja nenhuma”* — Ord. Liv. 4º Tit. 56 pr. A disparidade entre as duas figuras, é manifesta.

Portanto, quando nada dispuzesse o Codigo Commercial sobre o caso, mesmo no direito mercantil aquella clausula deveria ser permittida por ser o direito civil seu subsidiario. Mas, do art. 275 daquelle Codigo tira-se logicamente a mesma regra: *Si a venda judicial do penhor, se deve fazer QUANDO O DEVEDOR NÃO CONVIER EM QUE SE FAÇA DE COMMUN ACCORDO, segue-se que é licito ajustar que o credor possa vender o penhor si a divida não lhe fôr paga no vencimento*. E tal é o texto do artigo 770 da *Consolidação* de Teixeira de Freitas, que na nota faz remissão ao citado art. 275 do Cod. Com.

Ha mais. Si na letra do art. 279 do dito Cod., *incorre nas penas do crime de estellionato o credor pignoraticio que, por qualquer modo alhear ou negociar a coisa dada em penhor ou garantia, sem para isso ser autorizado por condição ou consentimento por escripto do devedor*, segue-se mais uma vez que a clausula em questão é conforme á lei.

Nada importa á questão saber si os titulos penhorados são nominativos ou ao portador; nem a circumstancia de ser impressa a referida clausula pode alterar a solução.

Com effeito:

a) Não podendo a ponderação feita na consulta — *ao portador ou nominativos* — ter latente alguma duvida sinão acerca dos titulos ao portador, pois que quanto aos nominativos ninguem se lembraria de duvidar, fóra de questão apresentam os escriptores a possibilidade de serem penhorados os titulos ao portador.

Assim Folleville, o monographista classico do assumpto, exprime-se do seguinte modo: "Toutes les valeurs au porteur peuvent faire l'objet d'un gage, quelles qu'elles soient, même les rentes sur l'Etat, bien qu'elles jouissent du privilège de l'insaisissabilité. Mais, pourrait-on dire, si elles sont insaisissables, comment peuvent-elles être l'objet d'un contrat de gage qui, en cas de non payment, conduit à la vente judiciaire, même malgré le débiteur? Cette objection ne doit pas nous arrêter: elle n'est que le résultat d'une confusion. En effet, saisir des titres, c'est arriver à une vente forcée à laquelle n'a pas voulu consentir le débiteur; au contraire, obtenir de la justice la vente des titres remis en gage, c'est obtenir le droit de procéder à une alienation à laquelle a consenti d'avance le débiteur. En livrant ses titres en gage, il savait, qu'en cas de non payement, il serait procédé à leur vente; puisqu'il le savait, et que, néanmoins, il a remis ses titres, c'est donc qu'il a consenti à cette vente." Daniel de Folleville, *Tr. de la possession des meubles et des titres au porteur*, n. 333.

Ora, si esta lição vale, e é incontroversa, a respeito dos titulos que são inseqüestraveis ou inarrestaveis, por maioria de razão acerca de quaesquer outros.

Quanto a acções de sociedades anonymas, é até expresso o artigo 37 do Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891 em permittir o penhor das que são passadas ao portador.

b) Quasi todos os papeis mercantis, maximé bancarios, são impressos: a obrigação de quem os assigna vem exclusivamente da assignatura.

Em conclusão, pois, respondo affirmativamente ao primeiro quesito.

---

2º Recusando-se o devedor assignar a transferencia das acções excutidas, penso que *ad instar* do que se pratica nos casos do art. 23 ultimo periodo do cit. Dec. n. 434, deve o Banco, provada a negociação, requerer alvará judicial, e por força deste operar-se a transferencia.

S. M. J.

*S. Paulo, 25 de Maio de 1893.*

#### **XLIV**

— *As letras de favor* são legítimos titulos de credito, e juridicamente obrigam os respectivos signatarios.

— Contra ellas não pode ser arguido o vicio da simulação.

#### **Exposição**

Sancho sacou tres letras, ao prazo de trez mezes, no valor de 50:000\$000 cada uma, valor recebido, contra Martinho, que as acceitou.

Acto continuo, o sacador as endossou a Pedro e este a Paulo, valor em conta.

Dias depois, Paulo as endossou ao Banco X e ali as descontou.

Não as tendo pago os primeiros responsaveis, Paulo, para honrar a sua firma, as foi resgatar; e uma vez portador dellas, accionou o acceitante Martinho, ostensivamente o unico solvente dos referidos responsaveis solidarios.

Martinho, vindo com embargos á acção, allegou:

1º Que nada recebera do sacador; que nada lhe devia, sendo ao contrario credor delle por quantia superior á das letras; que só as acceitára para que por meio dellas fizesse elle dinheiro de que precisava para solver compromissos urgentes; em uma palavra, que seu acceite foi de *mero favor*, e, portanto, não lhe podia trazer responsabilidade pelo valor dellas.

2º) Que quando assim não fosse, nullas seriam as letras porque, não exprimindo a declaração *valor recebido* nenhuma verdade, incidiam ellas no vicio da *simulação*.

Pergunta-se:

1º) O acceitante de letras de favor não é responsavel pelo valor dellas?

2º) Taes letras são nullas pelo vicio da simulação?

### **Resposta**

Responderei aos dous quesitos englobadamente, pois tanto vale uma como a outra daquellas duas allegações. Arguir o acceitante, contra a letra, que o seu acceite foi meramente de favor, como que é nullo pelo vicio da simulação, é uma e a mesma coisa.

E desde já, digo categoricamente que aquella defesa é de todo ponto imprestavel.

\_\_\_\_\_

Para resolver a questão convenientemente, forçoso é encarar as letras com relação:

- a) á propria letra;
- b) ás partes que lhe deram vida;
- c) aos terceiros portadores.

a)

E' sabido que modernamente a chamada letra de cambio escapou do estreito quadro em que figurava como instrumento do contracto de cambio propriamente dito, isto é, como prova da passagem de dinheiro de uma para outra praça, e entrou a figurar tambem como instrumento representativo de uma operação puramente de credito. Esta evolução economica devia trazer e trouxe modificações ao primeiro caracter juridico de taes titulos.

Isto posto, e considerada a letra quanto ao seu caracter economico, o pretender que são nullas as letras de favor, de todo subverte o mecanismo do credito mercantil e bancario e abstrae da historia commercial de todas as praças do mundo; e quanto ao seu caracter juridico, desconhece noções vulgares de direito quem as quizer annullar pelo vicio da simulação.

Quanto ao seu caracter economico.

Basta ponderar que as letras de cambio ou da terra são, como se disse, meros instrumentos de credito, preenchendo por completo as funcções da moeda numeraria. Tanto assim, que a cifra representativa do



valor das letras em circulação em qualquer praça excede sempre muito do valor do dinheiro nella existente. Para prova basta este facto. Na Inglaterra, onde as letras de cambio representam enormissimo movimento, a relação entre ellas e o dinheiro era, em 1868, de quasi oito vezes mais — 500.000.000 £ em letras para 70.000.000 £ em ouro. — *And such is the proportion with the present value of the deferred payments bears to the actual money* — Macleod, *Elem. of Political Economy, Prelim.*, n. 22. Imagine-se a que altura não terá hoje chegado, trinta annos depois, aquella desproporção!

Deste facto se conclue ainda que a cifra das letras em circulação não corresponde á das transacções que nellas figuram effectuadas; ou, como se exprime Macleod (obr. cit. cap III, sect. 1<sup>a</sup>), as letras de cambio nem sempre são sacadas e acceitas por causa de uma transacção real (*post transaction*), visto que o engenho dos commerciantes descobriu que ellas bem podiam applicar-se a transacções futuras.

E o illustre economista basea nesta distincção toda a differença entre as letras reaes e as de favor, que os inglezes chamam *accommodation bills*, os francezes *billets de complaisance*, os italianos *cambiali di comodo*, os allemães *Freundenwechsel*, e são conhecidas e usadas em todo o mundo commercial. E para demonstração daquelle seu asserto, Macleod assim se exprime: A vendeu mercadorias (*goods*) a B, e este acceitou uma letra pelo valor dellas; A, antes do vencimento da letra, vai ao seu banqueiro, que a desconta, adiantando-lhe o dinheiro, confiando no credito de A e de B. Eis uma letra real. Mas B é rico e gosa de credito. Emprasta o uso do seu nome a A, sem que nenhuma transacção real tenha havido entre elles; A saca uma letra contra B, que a acceita, e A desconta-a da mesma maneira figurada no caso anterior. Eis uma letra de favor (*accommodation bill*).

Si, pois, as letras de favor representam poderoso elemento de credito no mundo commercial, sempre posto em largo jogo, *beaucoup*

*plus considerable qu'on ne le pourrait soupçonner*, no dizer de Dramard (*Des effets de complaisance*, n. 2), bem se vê que a Economia Política o menos que poderá fazer é taxar de visionários aquelles que em taes letras não vêm mais do que títulos nullos.

Nullos... mas giram no engenhoso mechanismo da circulação dos valores com toda a efficacia das letras reaes!

Quanto ao seu caracter juridico.

Nas letras de favor concorrem todas as condições essenciaes á validade das convenções, a saber (Cod. Napoleão, art. 1108): 1ª consentimento das partes; 2ª capacidade de contractar; 3ª objecto determinado constituindo a materia da obrigação; 4ª causa licita.

Quanto ás duas primeiras, nenhuma duvida é possível. Os subscriptores são pessoas capazes de contractar, e a manifestação do respectivo consentimento está visivel na propria letra — Dramard, ob. cit. n. 9.

Quanto á 3ª, si nas letras que chamaremos *reaes*, o objecto certo é a somma de dinheiro que deve ser paga pelo acceitante ou pelo saccador, nas de *favor* o objecto é o emprestimo do nome como motivo de credito e garantia do fim para que foi saccada e aceita a letra, isto é, levantar capitaes; é o compromisso que, para com o acceitante, toma o sacador de pagar a letra no termo do vencimento, e de o fazer, em logar delle, o acceitante, si o primeiro o não fizer. Na especie da consulta, o sacador Sancho não tomou o compromisso, perante o acceitante Martinho, de resgatar as letras? e na jucidade das letras, não está subentendida a obrigação que o mesmo acceitante assumiu de as pagar si o não fizesse o sacador?

Quanto á 4ª e ultima condição — causa licita — quem pretenderá que seja illicito o favor que B proporcionou a A de lhe fazer

emprestimo do nome, como garantia de credito? Só é illicito aquillo que a Moral reprova ou o Direito prohibe; mas desde que os subscriptores da letra livremente convencionam pagar, um ou outro, o valor della ao respectivo portador, e este confiou no credito de ambos ou de um só, solidariamente responsavel, a Moral nada tem que reprovar; o Direito, por ser a mesma Moral legalizada, não pode prohibir o que a Moral não condemna. Nem no nosso Codigo do Commercio se encontra uma só disposição da qual implicitamente ao menos se possa induzir a prohibição ou condemnação das letras de favor.

E de resto, não vemos todos os dias os Bancos não descontarem letras sem que as garantam pelo menos duas firmas? A segunda que coisa representa sinão um favor?

Assim em tão larga escala empregadas, não sendo repugnantes á Moral ou ao Direito, taes letras são por muitos escriptores explicitamente consideradas como fonte legitima de obrigações juridicas.

Além dos citados por Sirey, 1876, I, 457, são explicitamente claros: Macleod, obra cit., pag. 272, onde accrescenta — que as objecções levantadas contra taes titulos *are perfectly futile and quite wide of the mark*, isto é, são de todo futeis e totalmente indignas de consideração; Thöl, *Trat. di Dir. Com.*, § 63, trad. de Marghieri, que em nota á pag. 180 reconhece que as letras de favor constituem o mais elementar systema para a producção de capitaes; Vidari, *La Cambiale*, n. 48: *chi si obbliga cosi assume una vera e propria obbligazione cambiaria nel caso che la cambiale non sia accettata o pagata alla scadenza*. O nosso Silva Lisboa, *Dir. Mercantil*, Tr. 4, cap. 27, assim se exprime: "O motivo do aceite é indifferente para o rigor da divida cambial. Quer o sacado aceitasse por debito preexistente, quer por *simples amizade* e honra da firma do passador ou endossador, a obrigação não é menos valida: antes, a boa fé e franqueza do commercio faz esta obrigação mais sagrada. Pelo que seria inadmissivel, e contra a honestidade mercantil, recusar o aceitante o

pagamento com o pretexto de não haver causa de debito, como nas outras obrigações chirographarias."

Nada mais positivo e justo.

b)

Considerada a letra de favor com relação às partes que originariamente nella intervieram, isto é, sacador e acceitante, e sendo já conhecida a natureza da convenção que originou a letra, nada mais facil do que determinar a natureza da relação juridica que respectivamente liga as mesmas partes.

O acceitante figura como devedor do sacador, com qualquer das declarações do art. 354 n. 3 do Cod. Com.; mas effectivamente não o é sinão do compromisso, que livre e licitamente assumiu, de lhe emprestar o uso do seu nome, motivo occasional do credito, de que só por si carecia o sacador. Nas letras em questão, si a causa explicita da obrigação é o — *valor recebido* — e tal valor não o recebeu o sacado, visto é, que entre este e o sacador nenhum vinculo juridico obrigatorio se estabelece em ordem a obrigar o sacado a pagar ao sacador o valor da letra, si este a houver pago ao terceiro portador. E' disposição expressa do art. 370 Cod. Com., perfeitamente applicavel às letras de favor, em cuja hypothese é visto que o sacado não tem em seu poder provisão de fundos do sacador.

Eis ahi o que é clarissimo, e todos os dias realizado nas praticas mercantis. O sacador da letra de favor obriga-se para com o acceitante a, no dia do vencimento da letra, fornecer-lhe os fundos sufficientes para o respectivo pagamento; si o não faz, e o acceitante deixa de pagar, nenhum direito de acção tem o sacador contra elle, pela razão obvia de que, entre elles, a obrigação cambial não tinha *causa*. Entre elles, como diz Bravard-Veyrières, o titulo não produzirá os effeitos da letra de cambio.

Mas nem por isso é nullo, não só porque a convenção preexistente versou precisamente na promessa feita pelo sacado de emprestar apenas o seu nome, como porque a *falsidade da causa* (na especie, a declaração de *valor recebido*) só annulla as convenções quando a causa é licita — Nougier, *Lettres de Change*, n. 169; Laurent, *Cours de Droit Civil*, XVI, 121; Massé, *Droit Commercial*. IV, 134.

c)

Mas com relação aos terceiros portadores, maxime si estes o são, como na especie dos autos, por via de endosso, seria, segundo a expressão do citado Bravard (*Traité de Droit Comm.*, III, pag. 115), soberanamente iniquo e irracional allegar a pretensa nullidade das letras de favor. — *Pour eux l'apparence tiendra lieu de la réalité et le titre vaudra comme lettre de change; la forme emportera le fond, parce que les tiers n'ont pu juger du fond que par la forme*? — Cf. Vidari, *Lettera di Cambio*, n. 133.

Tal é a doutrina geralmente admittida — Pardessus, 6<sup>a</sup> ed., n. 460; Nougier, obr. cit., I, 212; Massé, IV, 132; Dalloz, v. *Effets de commerce*, n. 141 e segg., e o proprio Dramard, um dos mais encarniçados inimigos das letras de favor, obr. cit., n. 75, bem como Rousseau, *Du trafic des billets de complaisance*, pag. 25 e segg.

Do que precede, salta aos olhos a impropriedade da arguição que contra taes letras se faz do vicio da simulação.

Considerando a letra em si mesma e com relação ás partes que originariamente nella figuram, si talvez á primeira vista se pudesse descobrir apparencias de simulação, que em direito é o acto de se dar a um contracto a figura de outro, ou, como dizia Ulpiano, um contracto que de outro *colorem habet, substantiam vero alteram*, basta ponderar, para excluir juridicamente da hypothese aquelle vicio das convenções, que estas se annullam por elle sómente quando ao contracto presidiu a fraude. — *La simulation*, diz o

profundo Laurent, *par elle-même n'est pas une cause de nullité; il faut, pour qu'elle rende l'act nul, qu'elle fasse fraude à la loi ou aux tiers.*

Ora, do que expuzemos largamente sobre o caracter economico e juridico, em geral, das letras de favor; da convenção preexistente celebrada entre o sacador e o acceitante de favor, conclue-se inabalavelmente pela ausencia de qualquer fraude. Não ha violação de lei, porque disposição alguma positiva prohiibe a circulação de taes letras; ao contrario, o nosso art. 370 suppõe a existencia dellas, e o art. 422 obriga solidariamente todos aquelles que assignam uma letra de cambio. Quanto a prejuizo de terceiros, esse só haveria si vingasse a theoria dos que pretendem que taes letras são nullas.

Finalmente, considerando a letra de favor com relação ao terceiro portador de bôa fé, seria o cumulo das violencias juridicas, quando mesmo tal letra fosse nulla pelo vicio da simulação, oppôr contra elle a pretendida nullidade — Thaller, *Dr. Comm.*, n. 130.

---

Todos estes argumentos eu os produzi, annos faz, na appellação n. 1087, de Santos, de D. Antonia Idalina do Amaral Albuquerque v. Mathias Costa. A sentença da 1ª instancia julgou no sentido exposto, e, antes de julgada a appellação chegaram as partes a accordo.

E mantendo o meu parecer, deixo-o sob a censura dos doutos.

*Junho 1898.*

## XVL

— Conceito da marca de commercio.

— Não ha contrafacção de marca de fabrica ou de commercio no facto de se pôr á venda em logar onde o industrial registrou a sua marca, productos do mesmo registro comprados em outra praça de onde são livre e francamente exportados.

### Consulta

A firma *A* registrou, no Pará, como sua marca de commercio, os signaes que distinguem as manufacturas da Companhia de machinas de costura “New-Home”, com a qual parece que tem contracto aquella firma; mas como as machinas da Companhia não são vendidas unicamente á firma *A*, mas pelo contrario expedem-se para toda a parte, aconteceu que o negociante *B*, da mesma praça, encontrando-as em Portugal, comprou as e as trouxe.

A firma *A* requereu apprehensão das machinas e vistoria para verificar si havia reproducção da marca que registrou. Os peritos affirmaram a semelhança dos emblemas registrados com as machinas apprehendidas, visto que estas são verdadeiras “New Home”.

Pergunta-se então:

— Podia legalmente o negociante *B* trazer para Belem (Pará) as ditas machinas, que são verdadeiras “New Home” e que elle comprou incondicionalmente em Portugal?

— Ha n’este procedimento de *B* alguma offensa ao direito de *A*?

— Em que consiste o direito de *A* diante da doutrina e da Lei nº 3346 de 14 de Outubro de 1887?

### Resposta

*Marca de commercio*, como, sobre o art. 1º da L. n. 3346 de 14 de Outubro de 1887, Affonso Celso muito bem define, é o *caracterisco ostensivo da proveniencia de productos e mercadorias que os distingue de outros identicos ou semelhantes de origem diversa* — *Marcas Industriaes*, n. 24.

Daqui, os seus elementos organicos: 1º qualquer acto de invenção; 2º sua apropriação legitima pelo registro — *ibid.*, n. 36.

E' nesta dupla manifestação da actividade individual — manifestação subjectiva e manifestação objectiva que se funda esta especie do Direito Industrial, pela lei protegida contra a fraude dos imitadores inconscienciosos. Na marca ou signa que distingue os productos de uma fabrica ou os objectos de certo commercio dos productos ou objectos similares, pôz a lei não só o cunho da propriedade industrial, intangivel como qualquer outra, mas tambem a segurança dos consumidores — Renouard, *Du Droit Industriel*, pag. 371; Paul Cauwès, *Econ. Polit.*, I, 371.

Isto posto, a lei somente prohibe e pune a contrafacção da marca, feita por forma que pôde variar dentro dos moldes traçados nos arts. 353 e 354 Cod. Pen., reproducção do art. 14 da citada L. n. 3346 de 1887.

Concordam todos escriptores — Carrara, *Programma*, §§ 3503-3511; Chauveau e Hélie, n. 1460; Garraud, *Droit Pén.*, vol. 3, n. 104; *Verbali del Codice Penale per il Regno d'Italia*, pag. 525, etc. etc. etc. — e todos os codigos penaes:

portuguez, art. 228 e segs.;

francez, 142;

italiano, 297;

hespanhol, 291 e 292;

hollandez, 218;

uruguayo, 237 e 239;

argentino, 427;

chileno, 190;

etc. etc.



**Ora,**

da propria consulta se vê que as machinas de costura “New Home”, postas á venda por B, são verdadeiras, as quaes elle, comprando, em Portugal, como podia fazel-o ali ou em qualquer parte do mundo para aonde taes machinas são francamente exportadas, fel-o indubitavelmente para commercio, isto é, para as revender. Falta, pois, qualquer dos elementos do crime punido pela Lei: a) contrafacção dolosa das machinas verdadeiras; b) venda das machinas contrafeitas com prejuizo dos fabricantes e dos consumidores.

**Logo,**

não encontro fundamento legal para o procedimento de A; e por isso respondo:

ao 1º) Sim;

ao 2º) Não;

ao 3º) Unicamente em pedir da Companhia de que se trata as indemnizações a que tiver direito segundo os termos do contracto que com ella celebrou — contracto que, para B, é *res inter alios*.

Salvo melhor.

*Dezembro, 1896.*

## **XLVI**

1º) Que é *nome commercial*, e em que se distingue de *marca de fabrica*.

2º) Quando o nome é a propria marca, deve ser registrado.

3º) Competencia nas acções sobre marca de fabrica.

A., proprietário de fabricas de tecidos, fez registrar, para marcas de seus productos, rotulos ou etiquetas das quaes não consta a denominação "Brim Aosta", usada posteriormente pelo mesmo A. para distinguir uma qualidade superior de seu producto.

B. funda tambem uma fabrica de tecidos e faz registrar para suas marcas rotulos tendo um delles a denominação "Brim Aosta."

Pergunta-se:

A denominação "Brim Aosta", usada por A e registrada por B, póde ser considerada nome commercial de A no seu sentido juridico?

Póde A. intentar contra B. acção de indemnização por usurpação de nome commercial?

Esta acção deve ser intentada perante o juizo federal ou estadual?

Não podendo a denominação "Brim Aosta" ser considerada *nome commercial* e sim marca de fabrica, póde A. reclamar seu uso exclusivo sem o competente registro?

### Resposta

Nome commercial ou firma, palavras synonymas (*Dizionario pratico del diritto privato*, de Scialoja, v<sup>o</sup> *Azienda commerciale*), factor chrematologico do commercio, é, no sentido juridico, a qualificação que serve para designar um estabelecimento commercial — Dalloz, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Nom Prénom*, n. 88.

— Todo commerciante, dizem Lyon-Caen & Renault, tem necessariamente um nome sob o qual exerce a sua profissão, que é o de sua assignatura commercial, nome que elle põe sobre os seus emblemas, suas cartas, suas facturas, e em geral sobre todos os documentos della emanantes — *Tr. de droit com.*, vol. I, n. 194 *bis*.

E' este nome que a nossa lei denomina *firma ou razão commercial* — Dec. n. 916 de 24 de Outubro de 1890, art. 2º.

Esse nome póde ser o civil ou patronimico ou póde ser de designação imaginaria ou figurada, ordinariamente tirada da denominação particular do estabelecimento ou do emblema por este adoptado para se distinguir dos estabelecimentos congeneres ou do lugar onde tem a sua sede ou do nome do producto fabricado — cit. Dalloz, n. 79; Umberto Pipia, *Nozione di diritto industriale*, n. 197. As mesmas marcas de fabrica podem constituir razão commercial — Perrez Dindurra, *Marcas de Fabrica*, 129; L. n. 3346 de 14 de Outubro de 1887. art. 2º.

Mas si firma ou razão commercial póde ser o mesmo nome expresso na marca industrial, entre razão e marca intercorrem diferenças juridicamente ponderaveis.

Em primeiro lugar, se discriminam *ex propria natura*. O nome commercial, que os allemães tambem chamam *firma* (Thöl *Das Handelsrecht*, § 19), é, como já se disse, a representação externa do commerciante, ou na phrase de Meyer (*De la contrefaçon*, n. 17), a *marca social, o signal de sua identidade e individualidade mercantil*: a marca da fabrica, na definição de Thaller (*Tr. de dr. com.*, n. 107), é *o meio material de garantir a origem da mercadoria aos terceiros compradores*. A firma cobre o estabelecimento, e a marca, o producto.

Em segundo lugar, a firma, para constituir marca industrial, deve revestir-se de qualquer forma, figura ou desenho que a não deixe se confundir com outra — Loison, *Noms commerciaux*, nº 25, *apud* Affonso Celso, *Marcas de Fabrica*, nt. 10 á pag. 102; cit. Dec. n. 916, art. 6º; L. n. 3346, cit. art. 2º *alin.*

Finalmente, a firma commercial constitúe propriedade do commerciante só pelo facto da respectiva adopção e uso; independentemente de registro, exclúe reproducção ou imitação. A

simples posse anterior impede qualquer concorrência — Dec. n. 9828 de 31 de Dezembro de 1887, art. 17. O registro da firma é apenas facultativo — cit. Dec. n. 916, art. 11. A marca da fábrica, porém, não constitui propriedade exclusiva sinão depois que é registrada — L. n. 3346, art. 3º.

Em algumas legislações, o direito exclusivo á firma também depende daquela formalidade — Marghieri, *Diritto Com.*, n. 181 e segs.; mas o nosso systema legal é aquelle, preconizado pelo citado Umberto Pipia, que nas suas *Noções de Direito Industrial* luziu, melhor que outro qualquer, as linhas differenciaes entre nome civil, firma commercial, razão social, marca de fábrica, emblema industrial, etc., etc.

“Per aversi usurpazione, contraffazione, ecc., di ditta, ensina elle, sobre julgados dos tribunaes de Florença, Bolonha, Veneza e Milão — non occorre che essa sia stata precedentemente depositata o registrata coll’adempimento di speciale formalità, come ad esempio si richiedi per i marchi di fabbrica; la ditta é protetta per solo fatto che esiste, che è adottata ed usata da un industriale nell’esercizio della sua industria; basta il fatto materiale dell’usurpazione per attribuire al legitimo titolare doppia azione penale e civile per l’inibizione dell’uso successivo e per risarcimento del danno” — obr. cit., nº 208. — Vide mais Renouard, *Du droit industriel*, Paris, 1860, pag. 361 e segs.

---

Taes são as primeiras regras das que devem presidir á solução da consulta.

---

A usurpação do nome commercial e a contrafacção da marca de fábrica são respectivamente prevenidas por modos differentes. Em qualquer dos dous casos o que a lei prohibe é que se dê concorrência dolosa e, portanto, prejudicial; o que ella quer evitar é, de um lado, que seja prejudicado o commerciante ou industrial cujo nome ou marca foi usurpado ou imitada, e do outro, que o consumidor seja illudido. Mas

punindo uma e outra daquellas figuras de machinação dolosa, a lei não o faz identicamente.

Quando a usurpação do nome ou firma consiste no uso da firma ou nome alheios, procedimento que traz implicita a prova da fraude punivel, manobra dolosa, impregnada de calaçaria e má fé, e, portanto, de prejuizo sempre imminente, constitúe crime, a se confundir com o de contrafacção — L. nº 3346 de 1887, art 14 nº 7º. Quando, porém, o que se da é o uso do proprio nome semelhante ou identico ao do outro commerciante, tal concurrencia homonymica pode não provir do dolo, mas ser meramente accidental. Mas porque esta mesma concurrencia é prejudicial ao commerciante e ao proprio commercio pelo erro a que pode levar o consumidor, a lei, na justa previdencia de garantir um e outro, prohibe a existencia de firmas identicas ou de tal modo semelhantes que possam illudir, dando ao primeiro portador do nome, pela regra *prior in tempore, potior in jure*, acção para obrigar o concorrente a modificar o nome — cit. L. nº 3346, art. 11 nº 2; cit. Dec. n. 916, art. 6 § 1º.

---

Dissemos que o nome commercial pôde consistir na mesma marca de fabrica. Sabemos mais que a protecção á firma independe de registro, ao passo que este não dá á marca de fabrica direito exclusivo ao industrial que della primeiro usou.

Isto posto — e esta será a ultima das regras que se nos afiguram necessarias á resolução das duvidas propostas — quando o nome commercial consistir em marca de fabrica, como expressamente permite o citado art. 2º da L. nº 3346 de 1887, e as marcas de fabrica se caracterizam, consoante o mesmo art. 2º, pelo desenho de figuras, letras, cifras, quaesquer signaes de exclusivismo morphologico, é bem de vêr que o direito ao uso exclusivo de razão ou firma de tal natureza

não póde deixar de depender de prévio registro. Quando o nome da firma é o patronimico, comprehende-se que os homonymos, sem o dever de mudar de nome, conservem o proprio, apenas sujeitos á exigencia legal de lhe accrescentarem algo que os distinga do outro. Mas quando o industrial pretenda dar ao seu estabelecimento, como razão ou nome commercial, a propria designação dos productos cuja exploração constitúe o objecto de sua industria, parece fora de duvida que não poderá excluir a concurrencia de nomes semelhantes sem que registre o proprio.

Tal é o sentimento de M. Blanc, *De la contrefaçon*, pag. 215, citado em Dalloz, loc. cit. n. 85, e o deste mesmo jurisconsulto. Aliás, seria meio facil de illudir o dever do registro das marcas de fabrica propriamente ditas.

---

Agora podemos responder aos quesitos que nos foram propostos.

*Ao 1º*

Penso que a denominação “Brim Aosta”, usada por A. *para distinguir certa qualidade superior dos productos de sua fabrica*, denominação que elle não registrou como marca de fabrica na accepção legal, não pode ser considerada como *nome commercial* no sentido juridico. Constitui-lo ia si A. usasse della como sua assignatura, dando-lhe morphologia distinctiva, apposta em quaesquer papeis concernentes ao seu estabelecimento. E então teria o direito, independentemente de não havel-a registrado, de accionar B. para lhe inutilizar o registro que este fizera de marca de fabrica com denominação identica.

Uma vez que esta denominação cobre o producto, mas não o estabelecimento, não é o que em direito se chama *nome commercial*.

*Ao 2º*

Prejudicado pela resposta anterior.

*Ao 3º*

Tambem prejudicado. Entretanto, si A. pretender propor a alludida acção, deve-o fazer no juizo estadual.

Sempre assim pensamos, e já por duas vezes assim praticámos no fôro desta comarca. Da primeira vez, na causa da Companhia Manufactora de Fumos v. França & Mursa; da segunda, na de Felipe Neumann v. Luiz Klene e Hirsh Mewe, sendo que desta causa conheceu o Supremo Tribunal Federal, que por accordam de 7 de Outubro de 1897 não tomou conhecimento de recurso de pronuncia, decretada pelo Juiz do 1º districto criminal desta comarca — o que importa reconhecimento da competencia da justiça estadual.

E' certo haver casos em contrario e tambem que em contrario dispõe o art. 12 da L. n. 221 de 20 de Novembro de 1894; mas quanto aos arestos... haverá entre nós coisa mais vária do que a chamada jurisprudencia? e quanto áquelle art. 12 está evidentemente errado.

Evidentemente, sim; porquanto, dispondo que aos juizes seccionaes compete julgar em primeira instancia as causas que versarem sobre marcas de fabrica, accrescenta logo no § 1º, que tal competencia, em materia criminal, limita-se a não proferirem sentença, sinão de conformidade com as decisões do jury a que presidirem. Entretanto, a mesma lei enumerando, no art. 20, as causas federaes cujo julgamento compete ao jury, não comprehendeu aquellas.

Ademais, o citado art.12 fere de morte os arts. 15, 34 ns. 23 e 26, 55, 59, 60, 61, 62, 63 e 65 n. 2. da Const. da Republica.

Escusado, porem, é dizer que esta opinião tem tanto de segura quanto a propria jurisprudencia brasileira: nada, absolutamente.

*Ao 4º*

Absolutamente não — L. n. 3346 de 14 de Outubro de 1887, arts. 3º, 8º § 5º e 23. Em virtude deste ultimo art., só caberia a A. acção para se indemnizar dos prejuizos pela apropriação da marca de que uzasse anteriormente ao registro que depois fizesse; mas como, pelo art. 8 § 5º, já não poderá registrar, como marca de fabrica, a denominação “Brim Aosta”, pois que B. já a registrou como sua, penso que nem esta acção lhe cabe.

Este é o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 20 de Fevereiro de 1903.*

## **XLVII**

- A falta de data no endosso do conhecimento da carga não importa nullidade do mesmo endosso.
- Inapplicabilidade, a taes endossos, da regra do art. 362 Cod. Com.
- Não annulla de pleno direito o conhecimento da carga a falta da assignatura do carregador.
- Interpretação do art. 575 n. 5 Cod. Com.

## **Resposta**

Na causa de Gustavo Backheuser v. Zerrenner, Bülow & C.<sup>a</sup> tivemos ensejo de tratar largamente da materia da presente consulta, tanto a respeito da falta de data no endosso do conhecimento de carga como da falta de assignatura do carregador. Sustentámos ali que aquella data e esta assignatura não eram solemnidades essenciaes a taes actos, e que, portanto, a respectiva falta não importava nullidade de pleno direito.



Vencidos na primeira instancia da causa, fomos vencedores no Tribunal de Justiça, que pelo accordam unanime de 17 de Março de 1897 reformou a sentença no sentido completo das nossas conclusões. Mas, oppostos embargos a este accordam, foi elle reformado pelo de 20 de Abril de 1898 (*Gazeta Juridica*, XVIII, 298), que por simples maioria de votos restaurou a primeira sentença. Ficamos afinal vencidos.

E porque o Supremo Tribunal Federal, por accordam de 9 de Agosto de 1899, no recurso extraordinario n. 188 (*Jurisprudencia do Supremo Tribunal*, 1899, pag. 160), não conheceu do merecimento da causa tão somente por entender que não era caso de tal recurso, posso ainda manter-me desassombradamente naquella opinião, agora fortalecida pelo luminoso voto vencido do ministo Americo Lobo.

O caso formulado na presente proposta é identico ao daquela causa. Portanto, poderíamos responder com a summa das allegações que ali produzimos; mas nos inclinamos a crer que melhor servimos ao consultante juntando a esta resposta as nossas razões de appellação. Aquelle continua a ser o nosso parecer, e nelle nos mantemos a despeito do citado accordam de 1898. Como disse Savigny (*Dir. Rom.*, I, 86): a unanimidade dos autores não tira a ninguém a independencia de sua opinião.

Eis a nossa.

“Ficou definitivamente assentado no juizo *a quo*, e o Egregio Tribunal, pelo accordam de fl. 145, assim julgou irrevogavelmente — que de outra relação não se trata sinão da compra e venda do carregamento de sal vindo da Europa pela barca russa *Concordia*; assim ainda transluz da propria sentença appellada, que só por pretendido vicio de forma do titulo transferente, absolveu os compradores da juridica obrigação de pagarem o preço do dito carregamento.

E dest’arte reduzido aos seus mais simples termos os elementos do factio litigioso, facil e breve será demonstrar que a reforma

da sentença appellada se está impondo necessariamente. Por defeituosa compreensão do ponto juridico em controversia, é que o honrado juiz *a quo* fez ao Appellante inoportavel injustiça.

/

Não ha remedio sinão recapitular os factos em todas as suas circumstancias, posto que com isso vamos tediado a costumada solicitação do Egregio Tribunal.

Como dissemos a fl. 191, simples é a especie.

Em Outubro de 1890 vendeu o Appellante aos Appellados um carregamento de sal, ainda na Europa, e por telegramma daquela data deu ordem ao seu correspondente para fretar um navio que transportasse a mercadoria vendida.

Esse navio foi a barca russa *Concordia*, que deu entrada em Santos em 20 de Abril do anno seguinte; e em 8 de Maio, já entregue aos compradores o conhecimento da carga e a elles transferida a consignação do navio, lhes fez o Appellante entrega da factura de fl. 9 v., na importancia de M. 11.717.30 e mais 832\$000 em moeda nossa.

Chegado o navio, apresentaram-se desde logo a bordo os Appellados, que até então, como até hoje, reclamação alguma fizeram contra a factura, e deram-se como donos da carga e consignatarios do navio. Até pagaram 1:000\$000 por conta dos fretes, e, como consignatarios do navio, sustentaram demanda com o respectivo capitão.

Mas como naquella epoca pequeno era o porto de Santos para conter os navios ali ancorados, de sorte a se tornarem enormemente demoradas as descargas, surgiram duvidas entre os Appellados e o capitão da *Concordia* sobre pagamento de estadias, por este reclamadas.

Entretanto, pedia em vão o Appellante o pagamento da factura de fl. 9 v., preço de uma compra perfeitamente consummada.

O capitão interpõe um protesto judicial, pedindo a venda do sal para pagamento de fretes e estadias, e tal protesto, aliás contra a disposição expressa do art. 392 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, mantida nos arts. 233 e 234 do Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, é julgado por sentença, e sobe, por appellação, ao Supremo Tribunal Federal.

Então, desesperado de obter amigavelmente dos Appellados o preço do sal, vendido em regra, havia anno e meio quasi, propôz o Appellante a presente acção, pedindo a importancia já referida, e mais os juros vencidos e os da móra.

Vieram os Appellados com a extravagante excepção de fl. 14, e por partidas triplicadas pretenderam:

a) Ser incompetente o juiz estadual, porque, tendo entre o capitão da *Concordia* e elles Appellados, como consignatarios deste navio, se movido questão sobre pagamento de estadias, questão que, por força do art. 60 let. *g* da Const. Fed. e art. 15 let. *g* do Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890, abriu a competencia do juizo federal, tanto que ali estava a causa se agitando — a questão, ligada ao sal de que se trata, deve ir ter, por força de connexão, áquelle mesmo juizo, uma vez que o sal veiu carregado pelo mesmo navio.

b) Haver litispendencia, porque as duas questões são identicas quanto ao objecto, direito e pessoas.

c) Ser o appellante pessoa illegitima, porque o endosso do conhecimento do sal foi nullamente feito, visto lhe faltar o requisito da data — Cod. Com., art. 362.

Facil nos foi demonstrar por completo, como fizemos , a fl. 40, a improcedencia de similhante pretenção tanto que, desprezada a excepção pela sentença de fl. 71, foi esta unanimemente confirmada por todos os ministros do Tribunal — acc. de fl. 145.

Sem mais necessidade de reiterar a demonstração assim tão solemnemente consagrada, basta-nos deixar firmados estes dous pontos:

1º Que as duas primeiras partes da execução ficaram soberanamente julgadas: não se trata de questão de direito marítimo, da alçada federal, nem ha absolutamente litispendencia, pois é certo que o Supremo Tribunal Federal annullou a acção proposta pelo capitão da *Concordia* (vid. fl. 194 v. e *O Direito*, vol. 61, pag. 226);

2º Que o referido accordam desse Tribunal, a fl. 145, posto não se referisse explicitamente á parte restante da excepção, teve tambem como improcedente a arguida illegitimidade do Appellante, e portanto, como legitimo o endosso do conhecimento do sal em questão — *aliter*, teria provido ao agravo para dar por findo o juizo.

Entretanto, julgando afinal a causa, assim desembaraçada da protelatoria excepção, a sentença appellada julgou-a improcedente pelos dous seguintes pretensos fundamentos, de todo insubsistentes:

a) irregularidade do endosso do conhecimento da carga;

b) nullidade do mesmo conhecimento pela falta de assignatura do carregador.

//

Já dissemos que os Appellados tinham vindo com a excepção de illegitimidade de parte, fundada na pretendida irregularidade do endosso em questão; e que, tendo sido desprezada a excepção pela sentença de fl. 71, foi esta unanimemente confirmada pelo accordam de fl. 145.

Portanto, parece que este ponto já estava fora de controversia; já o Egregio Tribunal, posto que nada explicitamente dissesse a respeito, julgou regular o endosso. Si assim não fosse, ao menos nesta parte, como já dissemos, teria dado provimento ao agravo de fl. 75 para julgar nullo o feito.

Argumentemos, porém, para demonstrar a insubsistencia desta parte da sentença appellada.

Eis aqui o raciocinio do honrado juiz *a quo*:

— A entrega de efeitos vendidos em viagem se realiza pela transferencia do respectivo conhecimento (e aqui se faz referencia ao art. 199 do Cod. Com. e á nota 1672 da *Explicacion y Critica* de Segovia ao Cod. de Com. argentino);

Ora, a transferencia no nosso caso não se deu pela irregularidade do endosso, que não tendo sido datado (vide excepção de fl. 19, art. XII), infringiu o art. 362 Cod. Com., applicavel a todos os titulos á ordem transferiveis por via de endosso (e aqui remette-se o juiz á fl. 65 e a Rogron, Cod. Com. fr., not. ao art. 281).

Logo, não tendo os compradores recebido a mercadoria comprada, não são obrigados a pagar o preço ora pedido.

As simples referencias feitas pelo honrado juiz bastam para demonstração do erro de direito contido naquelle raciocinio.

Em primeiro Jogar, o art. 199 Cod. Com. é precisamente a disposição de lei sobre que assenta o perfeito direito do Appellante ao preço da factura de sal vendido aos Appellados, pois que é justamente ali que se define a especie de tradição aqui operada.

De facto, si a tradição da coisa vendida se póde operar pela entrega symbolica; e esta se dá, nos termos do art. 200 n. III, pela

remessa e aceitação da factura, sem opposição immediata do comprador, a compra e venda de que se trata ficou consummada com a só aceitação da factura por parte dos Appellados, independentemente do endosso do conhecimento. E tanto mais verdadeira é esta conclusão, que os proprios Appellados sempre se houveram como donos da carga da *Concordia*, pagaram fretes e sustentaram demanda com o capitão sobre pagamento de estadias e sobre-estadias. Como, pois, pretendem hoje se prevalecer da falta de data no alludido endosso? *Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam*.

Em segundo lugar, ainda o mesmo art. 199 domina por outra face a questão. Do final desta art. se induz que quando a coisa vendida não está no lugar onde o contracto se fecha, deve a tradição se fazer *pelo modo que estiver em uso commercial no lugar onde se deva verificar*. E' a nossa hypothese. Mas os documentos ora juntos provam á sociedade que nas praças de Santos e S. Paulo é uso endossarem-se sem data os conhecimentos de mercadorias embarcadas, e que taes conhecimentos são tão perfeitamente negociaveis quanto os endossados com data. E isto mesmo o attestam, note bem o Egregio Tribunal, os proprios Appellados, como se vê do doc. n. 2. E' que a verdade é sempre uma só, e contra ella nunca prevalecerá o misero interesse.

Não menos contraproducente é a citação de Segovia. Tanto a factura como o conhecimento, ensina o illustre academico argentino, é meio de fazer a tradição das coisas moveis que não estão presentes. O portador da factura, acrescenta elle, reportando-se a Valin, Troplong, Massé e outros, adquire a propriedade da coisa comprada; e logo adiante traduz Delamare e Le Poitvin, vol. 5º n. 48, segundo cuja lição, de autoridade inatacavel, o costume commercial deu á factura a mesma virtude que a lei attribue ao conhecimento, isto é, representar as mercadorias que, em razão de sua distancia, não podem ser entregues de prompto.

E que a disposição do nosso art. 200 n. III, isto é, que a remessa e acceitação da factura sem opposição IMMEDIATA do comprador; symbolizando a tradição, consumma a compra e venda é doutrina universal, nol-o attesta o proprio Segovia com a opulenta lista de escriptores por elle citados na mesma nota 1672. E' certo sim que o illustre jurisconsulto argentino accrescenta que — *quando la cosa viaja, se atiende TAMBIEN* (como se vê, não abstrae da factura) *al conocimiento, pues ambas, factura y conocimiento, completan la venta.*

Mas onde encontrou aqui o honrado juiz *a quo* vestigio sequer do que attribue áquelle commercialista — que o endosso sem data não opera a tradição?

Em terceiro lugar, insustentavel é a pretensão da applicabilidade do art. 362 Cod. Com. ao endosso dos conhecimentos de carga.

a) E antes de tudo, as referencias á fl. 65 dos autos e a Rogron, nota ao art. 281 Cod. Com. francez. são de todo imprestaveis. Assim: a fl. 65 traz a extravagante sentença do substituto do juiz seccional de S. Paulo, que julgára o famoso protesto a que ao principio nos referimos, mas foi afinal annullada pelo accordam de 27 de Agosto de 1892 (*O Direito*, 61, 226), por manifestamente extravagante do direito! Quanto a Rogron, que aliás ali não emette opinião sua, mas apenas transcreve um aresto do Tribunal de Cassação de Paris, por maior que fosse a sua autoridade, seria sempre inferior á lição deduzida da logica das leis, e esta jámais equiparou, quer quanto á natureza economica, quer quanto á natureza juridica de cada qual dos dous titulos, a letra de cambio ao conhecimento de carga. Ao contrario, como já decidiu um dos mais illustres magistrados do nosso fôro, o Dr. Antonio Joaquim de Macedo Soares, e se vê da sentença publicada n'*O Direito*, vol. 58, pag. 242: "*á validade do endosso dos conhecimentos de carga não se applicam os arts. 361 e 362 do Cod. Com., relativos ás letras de cambio.*" Antepôr, na interpretação do direito brasileiro, á opinião

de Macedo Soares, a de Rogron, posto que firmada em aresto do Tribunal de Cassação, é grande arrojo.

b) Mas, concedendo que a doutrina (e só nesta falamos, pois que os Appellados não apontarão jamais texto de lei que, mesmo implicitamente, prescreva semelhante equiparação) justificasse a exigência da pretendida data, o facto no caso occorrente — e do facto é que nasce o direito, como reza o brocardo — dispensal-a ia em todo o rigor da lei.

Com effeito, si nos termos do art. 2º do Reg. nº 737 de 25 de Novembro de 1850, tambem constituem legislação commercial os usos commerciaes, e estes se provam por certidões das praças de commercio, ampliadas nesta parte, pela pratica quotidianamente observada nos nossos juizos e tribunaes, as disposições dos arts. 216 a 222 do cit. Reg., pois que já não temos tribunaes de commercio com a faculdade de tomarem assento, os já referidos docs., ora juntos, provam que nas praças de Santos e de S. Paulo (e assegura-se que em qualquer praça da Republica) taes endossos tambem se fazem sem data, sem minimo prejuizo da respectiva virtude transferente.

Juntam-se mais diversos conhecimentos, que foram efficientemente negociados, posto que endossados sem data. E note o Tribunal a universalidade do costume:

1 do Rio de Janeiro,

1 de Londres,

1 de Lisboa,

1 de Antuerpia,

1 de Almeria,

1 de Nova York,

1 de Buenos-Aires.



E ao passo que no Brazil, na Inglaterra, em Portugal, na Belgica, na Hespanha, nos Estados-Unidos do Norte, na Republica Argentina, no mundo inteiro commercial, o alludido costume de ha muito se converteu em lei mercantil de todas as praças honestas, aqui em S. Paulo só os Appellados, aliás em contrario ao attestado que elles proprios firmaram (Doc. n. 2), querem fazer lei sua para se furtarem ao dever de honrar o proprio credito!

Mas como o direito e a justiça não cobrem os que se enveredam por tão tortuosos caminhos, tal pretensão não vingará neste Egregio Tribunal.

Portanto, sem fazer cabedal da notavel circumstancia de não juntarem os Appellados o conhecimento de que são endossatarios, o que importa o mesmo que não haver prova alguma nos autos de que seja verdade o que elles allegam, fica fóra de duvida a inconsistencia deste fundamento da sentença appellada.

A compra e venda ficou consummada pela tradição symbolica da mercadoria vendida. Só resta pagar o preço.

Ou é esta a unica solução juridica, ou então o direito tambem já desapareceu dentre nós.

### ///

Resta o outro pretendido fundamento da sentença: nullidade do mesmo conhecimento pela falta da assignatura do carregador. E não obstante o art. 575 do Cod. Com. prescrever, em seu numero V, que o conhecimento *deve* declarar a assignatura do capitão e *a do carregador*, verá o Egregio Tribunal que o honrado juiz não estudou este ponto com o cuidado que a questão exigia. Verdadeira bolha de sabão, este *considerando* se desmanchará ao mais leve sôpro da hermeneutica.

Antes, porém, de mostrar o verdadeiro sentido da lei, devemos ponderar que ao juiz não era lícito pronunciar *ex officio* a pretendida nullidade de que ora tratamos.

Segundo os arts. 686 § 3º e 689 do Reg. n. 737 de 1850, sómente as nullidades de pleno direito não podem ser relevadas pelo juiz, que as deve pronunciar si ellas constam do proprio instrumento; mas as nullidades dependentes de rescisão não invalidam o contracto em quanto este não é annullado pela competente acção de rescisão — cit. art. 686 § 1º. E nisto consiste precisamente a distincção entre aquellas duas especies de nullidades.

Ora, as primeiras estão taxativamente indicadas no art. 684, e absolutamente é impossivel ali encaixar a falta da assignatura do carregador no conhecimento que o capitão lhe entrega para prova de haver recebido a carga. Nem Rogrons ou Segovias haveria capazes de tão insolito commetimento, pois completa é a integração do nosso systema legal sobre nullidades dos contractos commerciaes.

Eis aqui:

Como ponto de partida, synthese do systema, prescreve o art. 682 que a nullidade dos contractos só póde ser pronunciada ou nos casos dos arts. 129, 288, 468, 656, e 677 doCodigo, pois que ali assim está expressamente declarado, ou nos casos dos arts. 265, 302 e 406, pois que nestes se preteriu solemnidade substancial para a existencia do contracto e fim da lei.

Destes casos, assim enumerados, uns constituem nullidades *pleno jure*, e taes são os dos §§ 1, 2, 3 e 5 do art. 129, aos quaes o artigo 684 § 1º accrescenta os dos arts. 827 e 828, que mais não são do que modalidades daquelle, os dos arts. 656 e 677 §§ 1, 2, 4, 6, 7, e 8, e finalmente aquelles em que a solemnidade preterida deixa sem substancia ou existencia o acto, como nos casos dos arts. 265, 302 e 406.

Só estas, e unicamente ellas, são as nullidades que, nos termos do art. 689, podem ser pronunciadas *ex officio*, pois só estas são as intituladas de pleno direito e absolutas.

Mas si em parte alguma da defesa, nem na excepção de fl. 19, aliás prejudicada pelo accordam de fl. 145, nem na contestação de fl. 149, nem sequer nas razões finaes de fl. 198, uma palavra ao menos trouxeram os Appellados sobre tal circumstancia, em que lei se baseou o juiz *a quo* para officiosamente pronunciar tal nullidade, aliás mera creatura sua?

A' sabedoria, sempre intransigente, do Egregio Tribunal, deixamos tranquilos a resposta. Nesta parte, a sentença é que é nulla: infringiu abertamente o art. 680 § 2º do Reg. n. 737.

---

Tanto bastava para que nos julgássemos lícitamente autorizados, a não proseguir; entretanto, só por consideração ao douto juiz, procuraremos demonstrar que ainda neste ponto elle não interpretou juridicamente a citada disposição do art. 575 n. V do Cod. Com. A falta da assignatura do carregador no conhecimento que lhe dá direito á entrega da carga, absolutamente não influe na validade do titulo.

Formigam os argumentos sustentadores desta these. Resumil-os-emos.

a) Em primeiro logar, a doutrina. — Qual é a natureza juridica do conhecimento de carga? Responda um dos mais conceituados commercialistas hespanhóes, já que foi em Torre vieja, na Hespanha, que se lavrou o conhecimento de que se trata, e que, note bem o Tribunal, só por certidão figura nos autos (fls. 25). Ensina Salvador del Viso (*Derecho Mercantil*, pag. 496) que taes conhecimentos são uma especie de recibo — o que é conforme á definição que o mesmo escriptor dá dessa especie de titulos: é aquelle que *solo sirve para hacer constar las mercaderias*

*embarcadas, y hacer responsable al capitan de los efectos que hubiere recebido.* Concordam Colfavru, *Le Droit Commercial Comparé*, pag. 334; Ferreira Borges, *Dicc. de Dir. Comm.*, vº *Conhecimento*; Bédarride, *Dr. Maritime*, n. 675; Dalloz, *Répert.*, v. *Dr. Maritime*, n. 831; Galluppi, *Diritto Comm.*, II, n. 484. que também chama *ricevuta* ao conhecimento ou apolice de carga.

Isto posto, salta aos olhos a desnecessidade da assignatura do carregador sempre que se questionar acerca da entrega ou recusa da entrega de mercadorias embarcadas: para se fazer effectiva a responsabilidade do capitão, basta que o dono da mercadoria, carregador ou endossatario delle produza um exemplar do conhecimento assignado pelo mesmo capitão. Para o capitão ser obrigado á entrega, de que serviria a assignatura do carregador? inquire o citado Viso. E elle mesmo responde: Basta a do proprio capitão.

Daqui vêm as seguintes passagens dos mais afamados especialistas, com inteira e harmonica applicação á especie dos autos:

E a todos dominando, o abalizado Bédarride, n. 682: “Quaes seriam os effeitos da inobservancia das prescrições do art. 281 (fonte proxima do nosso art. 575)? *Em caso algum se poderia admittir a nullidade do conhecimento.* O conhecimento não é, como a carta partida, uma convenção projectada — constitue a execução dessa convenção. Ora, diante dessa execução, caem e se apagam todas as nullidades de forma”.

Nada mais correcto e racional; sinão, basta inquirir, ficará o capitão desobrigado a entregar as mercadorias de cujo embarque, assignando o conhecimento, passou recibo, si o carregador também não assignou aquelle titulo? Que absurdo: a obrigação dependendo, não da assignatura do devedor, mas do credor!

Foi sem duvida porque previra tão grosseiro absurdo, que o citado Salvador del Viso (pag. 497) adverte que *ni el capitan ni el*

*cargador pueden rehusar entregar-se mutuamente este documento, por ser el único título de sus respectivas obligaciones:* quer dizer: não poderá, para exemplificar, exigir o capitão o pagamento do frete, si o exemplar do conhecimento que tem comsigo não estiver assignado pelo carregador, ou este não terá acção para exigir a entrega da carga si o conhecimento, cuja via lhe foi entregue pelo capitão, não tiver a assignatura deste.

Segovia, o mesmo commercialista argentino que a sentença contraproducentemente invocára em outro ponto, mais uma vez repelliria a decisão appellada. Assim nos ensina elle na not. 3384 ao art. 1028 do Cod Comm. Arg., conforme ao nosso art. 575: *“No es posible atribuir la misma importancia á las diversas enunciaciones de nuestro art., y aunque las irregularidades de un conocimiento disminuirán su fuerza probatoria, no importan la falta absoluta de conocimiento”*.

E accrescenta tão celebrada autoridade: “Em França e Italia é tambem doutrina recebida que a omissão de uma das declarações requeridas não traz necessariamente a nullidade do conhecimento; nem se póde attribuir a mesma importancia á omissão relativa ao nosso num. 4 (correspondente ao n. 2 do nosso art. 575: declaração da qualidade e quantidade dos objectos da carga, suas marcas e numeros), cuja inserção constitue a propria funcção do conhecimento, que ás outras omissões referentes a circunstancias muito mais insignificantes.”

Ainda no sentido de demonstrar que a assignatura de cada um dos interventores no contracto de carregamento de um navio só é essencial como fonte das respectivas obrigações, nos ensina Dalloz, loc. cit. n. 868, o seguinte: *“Il est surtout important que la signature du chargeur se trouve sur l'exemplaire gardé par le capitaine”*.

E como que synthetizando aquella incontestada these, dizem outros commercialistas hespanhóes, La Serna y Reus, *Codigo de Comercio*, nt. 2 á pag. 296, que a multiplicidade dos exemplares ou vias do

conhecimento, que se entregam ao carregador, consignatario, capitão e armador, servem para *la comprobacion de sus derechos respectivos*. Logo, basta que, para efectividade destes direitos, cada qual dos participantes no contracto tenha a assignatura do outro que respectivamente lhe é obrigado. Assim, para o carregador basta a do capitão, pois que aquelle só tem que retirar as mercadorias cujo recibo este firmou.

Consultemos agora algum jurisconsulto italiano — por exemplo, Galluppi tao preconizado pelo proprio Vidari. Diz elle (op. cit. n. 485): *“Ma tutte queste enunciazioni dovranno considerarsi come requisiti essenziali della polizza di carico, in modo che la mancanza di una sola di esse ne importi la nullità? No CERTAMENTE”*. E referindo-se aos quatro exemplares do conhecimento ou apolice, ensina que esta multiplicidade do titulo é exigida *affinché ciascuna delle persone interessate nel carico e nello scarico abbia in mano il documento dei suoi diritti e delle sue obbligazioni*; e acrescenta que o capitão reclamará a assignatura do carregador e este a daquelle.

Tal era a lição do classico Emidio Cesarini (*Principii dalla Giurispr. Comm.*, II, pag. 704), uma das mais respeitadas autoridades italianas na materia, lição que posteriormente a Cesarini compilou o eminente Marghieri, *Il Dir. Comm. Ital.*, n. 1572 e segs. — Nenhum dos requisitos da apolice de carga, diz este, é exigido com a pena de nullidade. E acrescenta: *“Spetterà al magistrato apprezzare se il titolo è o pur no fornito di indicazioni assolutamente essenziali ad accertare i diritti rispettivi delle parti. Se questo scopo non si può raggiungere, non si ha più una polizza di carico, ma un documento informe; mentre se, non ostante la imprecisione o il difetto, i diritti delle parti risultano evidenti, non v’ha ragione di dichiarare nullo il titolo.”*

A justa applicação de taes conceitos á hypothese dos autos é tão rigorosa, que nos dispensamos de commentarios.

A entrega do sal dependia acaso da assignatura do carregador?

b) A' doutrina sobre a natureza jurídica e económica da apolice de carga, vem a lei dos povos cultos prestar franco apoio com a disposição que prescreve a multiplicidade do titulo, como se pode vêr do nosso art. 577 e segs., com a concordancia de Orlando. E esta circumstancia basta, como diz o citado Cesarini, para provar a sufficiencia, em cada exemplar, das indicações precisas para effectividade dos direitos do respectivo portador.

c) Finalmente o uso universal, como nos atesta Dalloz, loc. cit., *ibi*: “*Dans l'usage, le connaissance donné au chargeur par le capitaine n'est signé que par ce dernier, et celui remis au capitaine par le chargeur n'est signé que par ce chargeur*”, e nol-o provam os conhecimentos ora juntos, os iquaes, como já vimos, foram passados na Inglaterra, Portugal, Belgica, Hespanha, Estados-Unidos do Norte e Republica Argentina.

---

Cremos ter sufficientemente demonstrado que, quando mesmo fosse certo faltar no conhecimento de carga, pelo Appellante endossado aos Appellados, a assignatura do carregador — o que aliás não consta dos autos, tendo tido os Appellados, ao contrario, o cuidado de nunca exhibirem o seu titulo — semelhante falta não poderia autorizar a absolvição dos mesmos Appellados, como compradores legitimamente empossados da mercadoria comprada, do pagamento do respectivo preço.

O direito é este — e assim ha de o Egregio Tribunal solennemente declarar por mais um dos seus indefectíveis decretos.”

---

Com relação especial á hypothese da consulta, apenas accrescentaremos, em reforço do endosso ora em questão, que este foi feito na Inglaterra.

Mas a lei ingleza é a seguinte: *Act 1882 45/46 Vict cap. 61 § 32.*

"The principal requisites being that the indorsement must be written on the bill itself, and signed by the indorser, *his simple signature, without additional words, being sufficient.*" — Wharton's, *Law Lexicon*, vb. *Indorsement*.

Eis ahi: Sendo o principal requisito, o precisar o endosso ser escripto no mesmo instrumento e assignado pelo endossante, basta á sua simples assignatura, sem accrescentar palavra alguma.

"Um endosso, ensina, Walter Smith (*A handy book on law of bills, notes, etc.*, pag. 29), faz-se pelo endossante escrevendo este simplesmente o seu nome nas costas da letra ou nota."

Portanto, a regra *lex loci regit actum* dominaria a especie, em perfeita applicação do nosso art. 199 e do art. 3º § 2º do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. A exigencia da data no endosso em questão não se justifica de modo algum.

### **Isto posto,**

respondo negativamente aos dous quesitos propostos.

a) A falta de data no endosso do conhecimento da carga não importa nullidade do mesmo endosso, nem tão pouco

b) a falta da assignatura do carregador.

*Janeiro 1900.*

### **XLVIII**

— Responsabilidade do segurador no sinistro maritimo.

— Prova de fortuna do mar ou de vicio redhibitorio do navio.

### **Parecer**

Lido attentamente o protesto interposto, na povoação de Cabedello, do Estado do Rio Grande do Norte, pelo commandante do vapor "Alice", contra quem de direito, pela completa submersão do navio



e sua carga, á pergunta das Companhias seguradoras do casco, aparelho e pertences do dito vapor — si, em vista do mesmo protesto, estão ellas obrigadas ao pagamento do valor segurado? respondo negativamente.

Importando saber, como questão decisoria, si o acontecido sinistro teve por causa determinante a fortuna do mar ou qualquer vicio proprio do navio ou facto de sua gente — pois que a responsabilidade do segurador cessa onde começa a do segurado, e esta se effectua logo que algum vicio redhitorio prejudica a segurança do navio ou que a impericia, culpa ou negligencia do capitão ou seus prepostos occasionou o sinistro — toda a prova que inductivamente decorre do dito protesto conspira contra a allegação do commandante de que *grande vaga ou volta de mar e ventos fortes do sul* fossem a causa de haver o navio aberto agua, e tão abundante e rapidamente, que foi a pique sem dar tempo a que se salvasse o diario de bordo. Ao contrario, do contexto do protesto se induz que o naufragio foi devido *a se ter partido o navio a meio ou a ter largado alguma chapa*, na phrase do proprio commandante, sem que prova alguma se tivesse produzido de estar então reinando tal tempestade, de tanto mar e vento, que só por si explicasse aquellas avarias.

E' assim que:

1º) O commandante cai em contradições comsigo mesmo — ora diz ter sido uma grande vaga ou volta do mar que deitára agua no navio, e tanta, que logo inundou todos os porões, ora attribue a inundação a se haver partido o navio a meio, ora a se ter largado alguma chapa. Não é tudo: ora pretende haverem sido tão rapidas a inundação e a submersão, que nem tempo teve para salvar o diario de bordo, quando é certo que salvou uma caixa com papeis e outros livros; ora affirma já se ter consummado a submersão do vapor quando fez os salvavidas seguirem em direcção ao pharol de Cabedello, ao passo que adiante refere acreditar que se tivesse dado a submersão quando regressou á barra de Cabedello!

A verdade não pode estar ao mesmo tempo em versões contrárias.

2º) Não menos flagrantes são as contradições que saltam dos depoimentos do commandante e de outras pessoas de bordo respectivamente comparados. Ao passo que, como vimos, o proprio commandante não fixa a causa do sinistro, depôz o immediato não se poder conhecer qual tivesse sido a causa da invasão da agua — o 2º machinista, não saber si houve erro de manobra — o 3º, ter-se feito agoa sem que se pudesse conhecer a causa.

Tivesse havido temporal capaz de abrir o navio a meio ou de lhe arrancar alguma chapa, e taes contradicções não seriam possiveis.

3º) O instrumento do protesto tem vicios formaes que o tornam suspeito.

Assim é, que declarando o commandante a fls. 4 assignar o protesto *com todos os seus companheiros de naufragio, que testemunharam os factos ali narrados* (os quaes companheiros eram, além do immediato e de um passageiro, 32 pessoas de tripolação), vê-se entretanto que, destas ultimas, apenas assignaram 21. Ou as onze restantes não quizeram prestar assentimento ás allegações do commandante, e então estas não foram verdadeiras, ou não testemunharam o sinistro, e então este não se pudera ter passado como refere o dito commandante.

Assim ainda, como se vê de fls. 11, depôz o 1º machinista José Conceição de Oliveira, que *estava de quarto quando se manifestou a agua no porão das machinas, sendo disto avisado pelo cabo foguista de nome Christovão*; entretanto, este cabo, cujo depoimento devia de ser de maxima importancia, não foi ouvido, nem assignou o protesto. Porque? Não foi de certo porque seu depoimento favorecesse ao commandante ou ao dono do navio, então presente.

Assim finalmente, sendo, como já se disse, trinta e duas as pessoas da tripolação, depuzeram apenas 19 — aliás contra disposição expressa do Cod. Com.

Do exposto, parece incontestavel não haver prova alguma de ter sido o sinistro devido á fortuna do mar, sendo certo em direito, como ensina Dalloz, apoiado em varios arestos, que não basta haver agitação do mar ou vento mais forte, de resto phenomenos physicos normaes, para se concluir que houve *fortuna de mar*, o que sómente se verifica quando a desordenação dos elementos physicos foi de tal ordem ou tomou proporções de tal forma insolitas, que só por si pudesse comprometter a solidez de um navio *reconnu en bon état*. Fóra de circumstancias taes, devemos concluir pela hypothese do vicio redhibitorio do navio, capaz de libertar o segurador.

Assim penso, s. m. j.

Rio — 27-9-99.

## XLIX

— O erro sobre o nome do navio annulla o contracto de seguro sómente quando o navio é homonymo de outro geralmente conhecido e bem reputado, e o segurador, acreditando se tratar deste ultimo, não tinha meios para se assegurar da identidade delle.

## Consulta

G. W. segurou na companhia, X, de Bremen, 2.500 saccas de café a embarcar na barra ingleza *Saint George* sem detalhar informações sobre a historia e força do navio.

Tendo este naufragado, recusa-se a companhia ao pagamento do seguro, allegando ser nulla a apolice por ter havido de sua parte erro de facto quanto ao nome do navio, tomando aquella barca por outra de igual nome, de fama conhecida.

Procede esta defesa?

## Resposta

E' sem duvida ter sido sempre uso mercantil, provindo da Inglaterra, e afinal entre nós elevado á categoria das regras do direito marítimo (Cod. Com., art. 667 n. 2), o se fazer conter, na apolice de seguro, não só o nome do navio, sua classe e bandeira, como o nome do capitão. E assim se exige porque maior ou menor é o risco, e, portanto, sobe ou desce a importancia do premio, segundo fôr a qualidade do casco sobre que o seguro é feito e o grau de confiança de que goza o capitão. Si na sentença de Cassaregis — *inter mercatores bona fides super legem*, em materia de seguros sempre se deve ter em mente o brocardo inglez — *the best policy honesty*. A honestidade é a melhor das apolices.

O segurado só se escusa desta exigencia quando não tem certeza do navio, como é expresso na citada disposição do nosso Codigo.

Mas o erro que se contiver em tal declaração bastará para annullar o seguro?

Eis a questão inteira e unica.

\_\_\_\_\_

Sua solução depende das circumstancias que variadamente ladearem o erro em que possa estar o segurador; e como a proposta não indica pormenores de qualquer especie, responderemos com a exposição das regras que melhores se nos afiguram sobre o assumpto.

Em principio o erro sobre o nome do navio não annulla o contracto de seguro desde que ficou provada a sua identidade. A jurisprudencia ingleza menciona um caso typico: "... era sobre um seguro em fazendas descriptas pela apolice estarem a bordo do navio *Americano Presidente*; e o nome verdadeiro do navio era *O Presidente*; o corretor, porém, tendo recebido ordem para segurar o navio *Presidente*, e designal-o *navio Americano*, por engano o descreveu como acima menciono". O

tribunal julgou valido o seguro, e o Juiz Lawrence, fez referencia a outro caso semelhante. O seguro era feito sobre o *Leopard*, capitão A. B. Provado que o navio nunca se chamara *Leopard*, mas *Leonard*, julgou-se sufficiente, para validar o seguro, a prova que, da identidade do navio, fazia a pessoa do capitão A. B. — Allan Park, Sys. *tema da lei sobre seguros maritimos*, trad. de Julião da Costa, pag. 23.

E este é o *punctum saliens* da discussão, ponto que se póde assim synthetizar: Vale a apolice, si, apezar do erro sobre o nome, a identidade do navio resulta claramente do contracto ou das circumstancias — *Error nominis alicujus navis non attenditur, quando de aliis circumstantiis constat de navis identitate* — Bédarride, *Droit. Commerc. Maritime*, vol. 3º n. 1053, sobre Cassaregis, Disc. 1º n. 159, ou como ensina Ruben de Couder, *Dict. de dr. comm.*, vb. *Assurance marit.* n. 249: basta que se prove que o navio era o mesmo que as partes tinham em mente por ocasião do contracto — Conc. Silva Costa, *Seguros Mar.*, n. 48.

E assim é pela mesma razão que mantem a compra-venda quando o erro versa apenas sobre o nome, e não sobre a materia da coisa vendida. *Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est quin valeat emptio et venditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat* — fr. 9 § 1º de *contrah. empt.* (XVIII, I). E para que se annulle a venda, ensina Voet, preciso é que o erro sobre o corpo verse sobre elle inteiro ou sua substancia: *Ipso jure nulla ob erroris interventu venditio est, si erratum sit in toto corpore, vel in substantia* — *ad Pand.*, XVIII, 1 § 5º.

Subindo ainda na exposição dos principios do Direito puro, encontra-se a regra que mais de cima domina a materia inteira. O erro só annulla o contracto, dizem os DD., quando é erro *causam dans* ou *essencial*; quer dizer, referente á substancia ou integridade da coisa que se teve em vista ao contractar. Subjectivando a noção: erro que, si não se dêsse, a parte, delle victima, não celebraria o contracto. Vid. Mourlon,

*Cod. Nap.*, vol. 2º n. 1043, que bem define dest'arte o que queremos dizer: "A substancia de uma coisa é em direito... a qualidade principal que as partes tiveram em vista contractando... em outros termos: *a relação principal* em que a coisa foi encarada no contracto." O erro sobre esta relação principal é o erro que annulla o contracto; e o annulla pela obvia razão que, no concurso delle está virtualmente excluído o *in idem placitum*, elemento psychico de todo contracto. *L'errore deve invalidare il consenso, ensina Giorgio Giorgi, quando costituisce il motivo determinante del contratto. — Teoria delle Obbligazioni, IV, 42.*

### **Isto posto,**

si a Companhia X, fazendo o seguro, fel-o *principalmente* por acreditar que a barca *Saint George*, nomeada pelo segurado, era a mesma a que andava ligada a boa fama de bom casco e segurança, e meios praticos não tinha para apurar a respectiva identidade, deve cessar a responsabilidade pelo sinistro. O consentimento neste caso teria sido viciado por um erro substancial.

Nem se objecte: que a nomeação do navio só é indispensavel quando se segura o proprio casco, não assim quando o seguro é de mercadorias — doutrina esta geralmente ensinada. A objecção procederia si na apolice não se fizesse menção do nome do navio ou á menção se accrescentassem as palavras — *ou qualquer outro navio*, como aliás se costuma escrever nas apolices de seguro. Mas uma vez que só se nomeou a barca *Saint George* e o segurador allega que fez o seguro *movido* pelo nome do navio, si elle provar o allegado erro, não deve valer o seguro.

E só diante desta prova é que eu teria como nullo o contracto.

---

Escusado é dizer que, qualquer que fosse o movimento volitivo do segurador, nullo será o contracto si de parte do segurado houve dolo

ou emprego de manobras fraudulentas no sentido de fazer passar aquelle navio como sendo o outro *Saint George*, de fama reconhecidamente boa — Cod. Com. art. 678 e a theoria geral do direito.

Salvo melhor parecer.

## L

— Natureza e caracteres da sociedade em commandita.

— O socio commanditario não pode ser considerado fallido uma vez que nunca interveio na gestão dos negocios sociaes.

— A falta de registro do contracto ou do distracto social não basta para converter o socio commanditario em solidario.

## Exposição

Manoel, advogado, celebrou com Francisco um contracto de sociedade em commandita, por escripto particular, sob a firma Francisco & C.<sup>a</sup>

A sociedade devia durar tres annos, com o capital de 4:000\$000, cuja entrada foi toda feita pelo commanditario Manoel, ficando Francisco encarregado de todas as operações da casa.

O contracto não foi registrado na Junta do Commercio, nem a firma se matriculou.

Anno e meio depois, tendo o commanditario, que nunca se ingeriu na administração da sociedade, verificado 75% de lucros, resolveu dissolver-a, e o fez por escriptura publica, recebendo em letras, de prazos diversos, 7:000\$000 de capital e lucros.

Esta escriptura tambem não foi registrada; e por ella tomou o socio Francisco inteira e exclusivamente a si a responsabilidade da firma dissolvida, e continuou a commerciar sob a mesma razão de Francisco & C.<sup>a</sup>

Assim negociou por espaço de sete mezes, com sciencia e paciencia dos credores, que dest'arte confiaram em seu credito pessoal, sem mais entrar em linha de conta o antigo capital commanditario, cujo prestador lhes era aliás desconhecido.

Ultimamente Francisco suspendeu pagamentos, e os credores Pedro & C.<sup>a</sup> requereram que fosse aberta a fallencia de Francisco & C.<sup>a</sup>, *firma composta dos negociantes não matriculados Manoel e Francisco*, cuja citação requereram para verem se proceder á justificação de insolvencia.

O Juiz mandou citar unicamente Franciso, e só depois de iniciado o processo da justificação é que Manoel espontaneamente compareceu.

Entretanto, subindo os autos á conclusão, o Juiz abriu a fallencia de Manoel e de Francisco sobre o fundamento do nenhum valor juridico da escriptura de dissolução da sociedade, por se não haverem nella observado as formalidades do art. 338 Cod. Com.

Manoel, querendo justificar o aggravo que interpôz deste despacho, pergunta si é elle conforme ao direito; e no caso negativo, pede que se lhe exponha a razão do parecer.

### **Resposta**

Tenho o despacho aggravado como desconforme a Direito.

Procurarei demonstral-o tão succintamente quanto fôr possivel.

/

Preliminarmente porque Manoel não podia ser declarado fallido E o não podia por motivo de ordem legal.

Assenta sobre principios certos e uniformes a constituição juridica das sociedades em commandita. O art. 311 do nosso Codigo



Commercial lhe traça as linhas características e lhe dá uma definição nos mesmos termos dos códigos estrangeiros:

francez, art. 23;

belga, art. 6º;

italiano, art. 199;

alemão, art. 150;

portuguez, art. 199;

espanhol, art. 145;

húngaro, art. 125;

romano, art. 114;

mexicano, art. 154;

argentino, art. 372;

uruguayo, art. 425;

chileno, art. 476;

etc. etc.

É uma sociedade mixta de pessoas e de capitais; participa da sociedade em nome colectivo e da sociedade anonyma — Dalloz, *Société*, n. 1085. "É recta da un lato dalla ragione sociale rappresentata dei socii gerenti che costituiscono quella società collettiva che le serve di base, e resta dall'altro per i semplici accomandatarii, un'associazione di capitale e non di persona, che denominasi accomandita." Parodi, *Lez. di dir. com.*, vol. 2º pag. 79.

Com relação aos primeiros socios a responsabilidade é pessoal e illimitada, com relação aos segundos, apenas real limitada. A obrigação destes vai tão sómente, consoante os arts. 311 e 313 Cod. Com., até ao valor dos fundos com que entram para a sociedade.

Deste principio, que é universal — Pardessus, *Dir. Com.*, n. 1027 — vem que os primeiros são sempre commerciantes: o facto da sociedade dá *ipso jure* aos socios solidariamente responsaveis a qualidade de commerciantes; os segundos podem absolutamente deixar de o ser, e com relação á sociedade em que figuram como commanditarios, não o são. E' por isso que o nosso codigo lhes chama — *simples prestadores de capitaes*; o codigo francez — *simples bailleurs de fonds*; o italiano — *semplici capitalisti*; o argentino — *simplis suministradores de capital*, etc. etc.

O socio commanditario, com relação á sociedade em que nesta qualidade figura, não é commerciante: tal é a lição corrente, estribada na letra expressa doCodigo e em dupla consideração juridica.

Na letra expressa doCodigo, *ibi*: *sendo ao menos um commerciante*. Ora, os socios solidariamente responsaveis são commerciantes *re ipsa*; portanto, aquellas expressões, dando a entender positiva e claramente que em taes sociedades ha socios não commerciantes estes não podem ser sinão os commanditarios.

Na theoria geral do direito porque:

1º O socio commanditario, *simples prestador de capitaes* é mero mutuante, e si o direito commercial lhe chama socio é porque elle tem parte nos lucros sociaes, bem como nas perdas até á concurrencia do capital mutuado. A unica differença entre a sociedade em commandita e o mutuo, está em que, neste contracto, a restituição do capital é a garantia do mutuante, emquanto que no outro o socio solidario só responde pela gestão, nunca pela restituição do capital. *In hoc casu*, diz Felicius, n. 21,

*non cadit mutui species ex qua causatur usura, quia pecunia stat sub periculo ponentis.*

Mas si não é verdadeiro socio no sentido strictamente juridico, porque, como diz Casaregis, *apud* Borsari, *Codice di Commercio*, n. 431: *accommodans habet tantum interesse pro rata capitali immissi NON VERO PER PROPRIETATEM IN JURE FORMALI IPSIUS NEGOTII* — em relação á sociedade não é commerciante.

2º E' rudimentar em direito commercial, que a qualidade de commerciante se constitue pela pratica habitual de actos mercantis — Cod. Com., art. 4º. Exercicio de taes actos — habito nesse exercicio são estas as condições constitutivas do estado de commerciante: nem outra pode ser a significação da *profissão habitual* do citado artigo 4º — Beslay, *Des commerçants*, n. 70. — *Per costituire la persona nella condizione o qualità di commerciante ad effetti legali, occorre l'esercizio o l'abito degli atti di commercio in professione* — eis o canon — Cipelli, *Atti di commercio*, § 47, pag. 208. Ora, como corollario, é evidente que este exercicio habitual deve ser feito por conta e *em nome proprio*, o que, como se exprime Brancaccio, já era da velha doutrina italiana, attestada por Stracca, que ensinava não ser commerciante quem pratica o commercio em nome de outrem.

Mas o socio commanditario não pratica actos mercantis; seu nome não figura na razão social, nem elle póde tomar parte na gestão das operações da firma ou ser empregado nos negocios da sociedade, sob pena de perder a qualidade de commanditario. Portanto, o commanditario não é commerciante — Brancaccio, *Dello stato di commerciante*, n. 32; Delangle, *Des sociétés commerciales*, ns. 313 e 314 — Cod. Com. art. 312 e 314.

Ora, destes principios conclue-se que o commanditario não póde ser declarado fallido, pois a fallencia é o estado do *commerciant*e que cessou os seus pagamentos — Cod. art. 797.

//

E' verdade que ás vezes a responsabilidade do commanditario deixa de se limitar á quota com que entrou para a sociedade, e elle se torna solidariamente responsavel por todas as obrigações sociaes — Cod. Com., art. 314.

O primeiro caso se dá quando o nome do commanditario figura na firma social. A razão é obvia. Sendo a sociedade em commandita mixta da sociedade em nome colectivo, o que aliás está expresso no nosso art. 311, 2º alin., ha de necessariamente ser representada por uma razão social, sinão, como diz Troplong, *Sociétés*, 408, deixa de ser sociedade em commandita para em certos casos degenerar em sociedade em conta de participação, ou, segundo o art. 318 do nosso código, em sociedade de capital em industria. Ora, a razão social é a formula da sociedade que se obriga, na frase de Delangle, n. 334; portanto, o nome do commanditario na razão social fal-o solidariamente responsavel por todas as obrigações sociaes.

O citado Delangle assim expõe esta lição "N'est-il pas en effet directement et absolument contraire aux principes de la société en commandite, que le commanditaire, *qui n'est pas commerçant* et ne peut gérer, signe tous les engagements de la société, qu'il soit présent à tous les actes, et qui rien ne se passe avec les tiers sans son intervention? Le Code de Commerce a fait disparaître cet abus. Il ne faut pas que les tiers qui jugent de la solvabilité, de la moralité, des garanties de la société, par les noms insérés dans la raison sociale, soient exposés à des surprises. La raison sociale ne doit pas être une enseigne menteuse; c'est la formule de la société qui s'oblige, et, dès lors, on n'y peut placer le nom des commanditaires, contre les quels toute action est interdite aux créanciers sociaux".

Nem se diga que, como na hypothese dos autos, sendo a sociedade contrahida entre duas pessoas, uma gerente e solidariamente responsavel e a outra commanditaria, a formula — *e companhia* junta ao nome do primeiro, torna o segundo solidario. Assim, ensina, com todos os

commercialistas, o autorizado Pardessus, n. 1032: "Ce principe (não poder figurar o nome do commanditario) n'est pas violé lorsque la société en commandite, ayant été formée seulement entre deux personnes, Pierre commandité et Jean commanditaire, on convient que la raison sociale sera composée des mots Pierre et compagnie." A razão social *Pedro e companhia*, continua o famoso commercialista, tem por objecto indicar que Pedro tem um socio; mas não exclue a possibilidade de um commandita.

Dá-se o segundo caso quando o commanditario pratica actos de gestão social ou se emprega nos negocios da sociedade ainda mesmo que seja na qualidade de procurador, o que é mera consequencia logica do mecanismo desta especie de sociedade.

Fóra destes dous casos, o commanditario só responde pela effectividade do capital prometido. Mesmo no caso de actos alienativos com fraude em damno de credores, a responsabilidade do commanditario limita-se a repôr os lucros que houver recebido — Cod., art. 313 combinado com o art. 828.

Mas, estabelecidos estes principios, que a sciencia ensina e o nosso codigo formalizou, a conclusão é que o commanditario não pode ser incluído na fallencia da sociedade. O limite certo da sua responsabilidade meramente real, exclue a possibilidade de se realizarem, com relação ao commanditario, os effeitos juridicos da fallencia.

### ///

Ora, da exposição se vê:

Quanto ao primeiro caso, que não figura na firma o nome do commanditario;

Quanto ao segundo, que se affirma nunca ter o commanditario se ingerido na administração da sociedade.

Logo, havia impossibilidade legal para a inclusão do seu nome na fallencia de Francisco & C.<sup>a</sup>

#### IV

A falta de registro do contracto social e da escriptura de distracto não altera aquella conclusão.

“Emquanto o instrumento do contracto não fôr registrado, dispõe o art. 302, não terá validade entre os socios nem contra terceiros; mas dará acção a este contra todos os socios solidariamente.”

Qual é, porem, o alcance desta disposição relativamente às sociedades em commandita? A falta de registro do respectivo contracto altera a natureza da sociedade para collocar na mesma linha de responsabilidade os socios ostensivos e os commanditarios?

A theoria e a jurisprudencia são absolutamente pela negativa.

#### A theoria

E' certo que aquella falta de registro induz nullidade, e os terceiros, em cujo favor a lei dá acção, podem se prevalecer da nullidade para que a sociedade seja havida como nenhuma ou podem pretender que seja tida como existente para produzir os mesmos effeitos que produziria no caso de registro regular — Dalloz, *Répert.*, v. *Sociétés*, n. 869 e 1130; Pardessus, n. 1009 ; Delangle, *Sociétés*, n. 543.

Mas as acções de terceiros, na letra do art. 304, podem ser intentadas: a) contra a sociedade em commum ou b) contra qualquer dos socios em particular.

a) No primeiro caso, a acção não pode ter força para alterar a natureza da sociedade accionada. Si tem por fim annullar a sociedade, e portanto havel-a como inexistente, não ha por que agitar-se a presente questão. Si, pelo contrario tende a que se declare existente a sociedade, o direito dos terceiros não pode ser maior do que fôra no caso de registro, o

qual, relativamente ás sociedades em commandita, tem por fim fazer conhecer aos terceiros, que o socio ou socios ostensivos lhes offerecem, além do seu credito pessoal e real, mais o credito real do commanditario, limitado pela quota do respectivo capital, e só á effectividade desta quota teem elles direito.

Por outra lado, si pela disposição do art. 312, não é necessario que se inscreva no registro do commercio o nome do socio commanditario, sinão unicamente a quantia certa do total dos fundos postos em commandita; si a falta do registro deixa os terceiros na ignorancia da mesma commandita, isto é, na ignorancia da existencia do capital commanditario, fôra iniquo fazer o socio commanditario indefinida e solidariamente responsavel, porque os socios ostensivos, unicos conhecidos dos terceiros que tratarem com a sociedade, não registraram o respectivo contracto. A solvencia pessoal do commanditario não era conhecida desses terceiros, que, portanto, não podiam contar com ella; si, pois, pretendem a existencia da sociedade para os respectivos effeitos juridicos, só podem pretender que á sociedade exista tal qual fôra creada e legalmente existiria si tivesse sido registrada. Para o commanditario é indifferente que o contracto haja ou não sido registrado, já por não ser necessario que seu nome seja inscripto no registro, pois a lei permite que elle se mantenha absolutamente desconhecido, já porque a sua responsabilidade, salvo no caso de gestão directa, não pode ir além dos fundos commanditarios.

Estes principios são ensinados pelos melhores commercialistas francezes sobre o art. 42 do Codigo do Commercio, fonte proxima do nosso art. 302.

Assim Gouget e Merger, *Dict. de Dr. Com.*, v *Société*, ns. 303 e 304, ensinam: “Os commanditarios não se poderiam prevalecer, contra os credores sociaes, da falta de publicação do contracto social para se dispensarem de entrar com o valor da commandita na caixa da sociedade... Mas os commanditarios não ficam responsaveis pelas dividas

sociaes só pelo facto da nullidade do contracto social... Seria contrario a todas as regras accrescentar a essa nullidade uma aggravação de pena, que não foi pronunciada pelo legislador."

Malepeyre e Jourdain, *Sociétés*, pag. 135, observam: "Já não é quanto basta rigoroso equiparal-o a um socio commanditario, sem ir ainda comprometter sua fortuna inteira e sua liberdade, declarando-o solidario, quando é evidente que nunca participou da gestão, e nada praticou que pudesse fazer a opinião acreditar que elle era socio?"

Bravard-Veyrières, anotado por Demangeat, vol. 1, pag 226, é de opinião que "seria contrario ao direito commun que o commanditario, que não participou das operações sociaes, que se conservou extranho a ellas, pudesse ser responsavel por obrigações que não contraiu, e que foram constituídas por outros, a quem aquelle confiára simplesmente o mandato de obrigar a sua entrada."

"Poder-se-ia, é verdade, continúa Bravard, oppôr uma objecção mais especiosa, e dizer que a falta de formalidades maxime de publicação, priva os terceiros de uma garantia necessaria á sua segurança, e que a responsabilidade pessoal dos commanditarios deve naturalmente substituir esta garantia. Mas raciocinar assim, seria ir além dos termos e do espirito da lei. A fraude não se presume e não é permittido induzil-a da simples falta de publicação, e tanto menos é permittido quanto tal falta de publicação não é imputavel aos commanditarios, porque não são estes os obrigados a fazer a publicação."

Concordam Dalloz, loc. cit. n. 1132; Troplong, n. 249; Bédarride, *Sociétés*, n. 368; Delangle, n. 577; Molinier, n. 596; Alauzet, n. 382 e outros. No direito italiano, Galluppi, n. 195, e no direito belga, Guillery, *Soc. Com.*, sobre o art. 29 da lei de 18 de Maio de 1873.

A jurisprudencia franceza é uniforme a este respeito. Basta apontar o seguinte aresto, que se lê em Dalloz, citado n. 1132, de 16 de Fevereiro de 1839, do Tribunal do Commercio do Sena: "Considerando que a sociedade que existiu entre Hosch e Niquet era em nome colectivo a respeito do primeiro, e em commandita a respeito do segundo; — Que si



o acto de sociedade não foi regularmente publicado e affixado, a natureza da sociedade resulta de todos os factos da causa... — Considerando que os auctores não podem pretender que depositaram confiança em Niquet, pois não sabiam mesmo que fosse commanditario; que esta qualidade só foi conhecida depois da fallencia de Hosch, e que nunca Niquet interveiu nem directa nem indirectamente nas relações commerciaes entre Hosch e os auctores; — que não só não ficou justificado que Niquet praticasse acto de gestão, mas resulta, ao contrario, dos factos da causa, haver-se limitado a aconselhar a Hosch algumas medidas de prudencia; que este se conservou senhor de suas acções, e as exerceu como bem quiz; — Por taes motivos, declara os auctores sem direito á acção, etc.”

A falta de publicação e registro annulla a sociedade, mas não destróe a existencia de facto de um contracto sobre que as partes convencionaram, e que induziu os terceiros ás operações consummadas. Esta sociedade de facto deve ser liquidada, e desde que a lei tem por fim principal proteger a boa fé, justo é que os terceiros sejam garantidos em seus direitos. Mas levar tal protecção além da extensão que esses direitos teriam si nullidade não houvesse, é não só alterar o conteúdo do proprio direito que se quer garantir, contra a propria intenção do credor, como consagrar uma iniquidade, transformando em outro o proprio contracto que se pretende suppôr perfeito para aquelle fim.

A expressão *solidariamente* do nosso artigo quer dizer, portanto, que aos terceiros é indifferente a questão de registro; que podem haver a sociedade como perfeita para a solução dos compromissos tomados, mas nos termos e condições do contracto por cuja existencia accionaram: si se trata de uma sociedade em nome colectivo, serão todos os socios obrigados solidariamente, si de uma sociedade em commandita, sel-o-ão os socios ostensivos, gerentes ou não, e os commanditarios na fórmula do art. 313.

*“Pour la liquidation de ces rapports de fait, il faudra s’en tenir au règlement fait par les parties elles-mêmes, comme étant*

*l'expression de leur volonté, et la seule base équitable et sincère.*"  
Larombière, *Obligations*, sobre o art. 1183, n. 75.

Concordam Troplong, n. 249; Dalloz, *Réc.*, 1870, I, 23, que ensina ser ponto constante na jurisprudencia o principio consagrado no aresto da Côte de Cassação de Paris, de 22 de Novembro de 1869, que: "uma sociedade annullada, mas que existiu de facto, é liquidada segundo as estipulações que a regem."

Portanto, si os terceiros, que accionam a sociedade cujo acto não foi registrado só podem pretender que ella tenha existido no passado tal qual foi celebrada, é tão contrario a todas as regras, como dizem Gouget e Merger, declarar, contra o conteúdo do contracto, solidariamente responsavel o socio commanditario, para transformar, contra a intenção das partes, socios e terceiros, em uma sociedade em nome colectivo uma sociedade simplesmente commanditaria, como é contrario ao systema do nosso direito declarar fallido o commanditario, que não é commerciante, sinão advogado, e realizou, ao celebrar o contracto, a quota a que se obrigára.

b) Si os terceiros, usando da faculdade do art. 304, preferem accionar o commanditario, a questão não terá outra solução.

Com effeito, a acção dos credores só pode ter por objecto obrigar o commanditario a entrar com o capital promettido ou, no caso de fraude, a repôr os lucros percebidos. E si esta ultima é certa em virtude dos arts. 313 e 328, a outra tem soffrido sérias contestações, como se pode vêr largamente em Guillery, n. 421 e segs., e em Rousseau, *Des Sociétés Commerciales*, n. 923 e segg. O que é certo é que, mesmo dando como liquido tal direito, em qualquer dos casos os credores não podem pretender alterar a posição do commanditario para o fazer indefinida e solidariamente responsavel, e menos que seja declarado fallido para o sujeitar a todos os effeitos juridicos da fallencia. O proprio objecto assignado a cada qual destas acções exclue a hypothese.

Ora, si tal é o efeito unico da falta de registro do contracto, outro não póde ser o da falta do registro do distracto social.

“O distracto da sociedade, diz o art. 338, deve ser inserto no registro do commercio e publicado...: pena de *subsistir a responsabilidade* de todos os socios a respeito de quaesquer obrigações, que algum delles possa contrair com terceiro em nome da sociedade.”

Em primeiro logar, fôra absurdo que a falta de registro do acto constitutivo da sociedade produzisse efeitos menos onerosos do que a falta do registro do acto dissolutivo della.

Em segundo logar, quando mesmo o socio commanditario contraísse propriamente obrigações com terceiro, seria em nome da sociedade, e portanto a responsabilidade delle teria a natureza e extensão dadas pelo proprio contracto social, nunca outras. O distracto não registrado e publicado é nullo, é como si não existisse, isto é, faz subsistir a sociedade anteriormente existente; portanto, é juridicamente impossivel que esta falta importe a conversão de uma sociedade em commandita numa sociedade em nome colectivo. *As responsabilidades hão de subsistir* taes quaes existiriam si a sociedade não tivesse sido dissolvida.

Mas a responsabilidade de Manuel, quando por ventura não houvesse elle realizado o seu capital commanditario, não iria além desta obrigação. Portanto, e mais uma vez, aquelle despacho é contrario a direito, considerando Manuel commerciante fallido e responsavel por obrigações que nunca teve.

### **A jurisprudencia**

O accordam da Relação do Rio de Janeiro, de 18 de Julho de 1879 (*O Direito*, XX, 556), consagra um principio que o juiz aggravado desconheceu abertamente. A um socio commanditario da firma de Ermida & C.<sup>ia</sup> imputava-se haver praticado actos de gestão social, e por virtude desta allegação feita nos autos do processo da fallencia da firma, foi elle

incluído na fallencia e seus bens arrecadados. Interposto o recurso de agravo, deu-se provimento, para mandar que não fossem arrecadados os bens do commanditario enquanto não se provasse e decretasse, por acção regular, a responsabilidade solidaria que lhe era arguida por ter praticado actos de gestão: questão esta que não podia ser decidida summariamente no processo de fallencia. O Juiz, em cumprimento de accordam, mandou que os curadores fiscaes propuzessem a competente acção, e aquelles bens, pendente esta, foram arrestados como medida de precaução e segurança. Interposto novo recurso de agravo, a Relação, por accordam de 7 de Outubro do mesmo anno, deu-lhe provimento assim motivado (ibid pag. 579): “que enquanto não fôr decidido que ao aggravante cabe a qualidade de socio solidario da sobredita firma, subsiste a sua qualidade de socio commanditario, em virtude da qual acham-se os seus bens isentos de toda e qualquer responsabilidade.” Agora compare-se. Naquelle feito tratava-se de um caso que importava, na letra expressa do art. 314, a perda da qualidade de socio commanditario e a responsabilidade solidaria e indefinida; na hypothese da consulta trata-se de um vicio de formalidades, que não pode alterar relações juridicas, e o juizo aggravado, a despeito da desistencia dos credores reclamantes, declara, no processo da fallencia, solidariamente responsavel o aggravante, socio commanditario, e mais — declara-o fallido! Ou o direito é norma, e a jurisprudencia a realização pratica do direito, ou então a anarchia será a medida das relações sociaes.

A violencia vai mais longe. A Relação do Rio, por accordam de 3 de Setembro de 1878 (*O Direito*, XVII, 315), decidiu de accôrdo com os principios expostos acima, que — “*os socios commanditarios; ainda que responsaveis solidariamente por actos de gestão, NÃO ESTÃO SUJEITOS Á FALLENCIA, NEM SE LHES PODE ATTRIBUIR A QUALIDADE DE FALLIDOS.*” Pois bem: o despacho aggravado considerou commerciante fallido o socio commanditario de uma firma, só porque o distrato da sociedade não fôra registrado!

Ainda no sentido dos primeiros accordãos citados, já a Relação do Rio havia julgado em gráu de revista, por accordam de 26 de Outubro de

1877 — revista nº 8977 (*O Dirreito*, XIV, 746). Na revista nº 8485, por accordam de 3 de Julho de 1874 (*Gazeta Jurídica*, IV, 33), julgou-se que declarado alguém fallido, como membro de uma firma social ou *como commanditario solidario por actos de gestão*, póde oppôr-se com embargos de terceiro á arrecadação de seus bens, allegando que não praticou taes actos, embora o contrario já se tenha julgado em agravo por elle interposto.

Outros arestos poderíamos citar; mas nos limitamos a transcrever o seguinte accordam da Relação do Recife, de 30 de Julho de 1875 (*O Direito*, XVIII, 104), que comprehende precisamente a hypothese dos autos: “Accordam em Relação, etc. Que, feito o sorteio e relatorio do estylo, aggravado foi o aggravante Joaquim de Assumpção Queiroz, com o despacho de fl. 203, pelo qual se manda que o aggravante descreva os bens que possúe, e logo sejam arrecadados e entregues ao depositario da massa fallida; *porquanto, attendendo ao contracto social de fl. 188. ás disposições do art. 311 combinado com os arts. 304 a 314 do Cod. do Comm., A FALTA DO REGISTRO DO CONTRACTO SOCIAL NÃO OBRIGA AO RECORRENTE A RESPONDER COMO SOCIO SOLIDARIO, NÃO TENDO GERIDO COMO NÃO GERIU A SOCIEDADE, nos termos do art. 314, para que fôsse considerado socio solidario com os demais socios.*

Assim, pois, dando provimento ao agravo, mandam que o juiz defira a petição; pagas as custas pela massa fallida.”

---

Em conclusão, e pelos motivos expostos, sou de parecer que o agravo de Manoel deve ser provido.

*Sub censura.*

*Março de 1882.*

---

Com os fundamentos *supra*, escrevemos um memorial sobre o agravo, que afinal foi unanimemente provido pelo acc. de 25 de Abril de 1882.

## LI

— A retirada de um socio de firma commercial, e consequente dissolução da sociedade, extingue o contracto de aluguel de um predio feito pela firma social.

— Sociedades commerciaes em nome colectivo — Pessoas juridicas  
— Dissolução da sociedade — Arrendamento feito pela firma.

## Consulta

*A*, proprietario, arrenda a *B*, firma commercial, com dois socios solidarios *C* e *D*, um predio de sua propriedade, por escriptura publica, a preço certo e prazo fixo, pagando sempre *B* pontualmente a *A* a renda convencionada.

Terminado o contracto social de *B*, retira-se o socio *D* embolsado de seu capital e lucros, continuando *C* com o mesmo ramo de negocio, no mesmo predio, sob a sua firma individual e exclusiva responsabilidade.

Ausente *A* para a Europa, quando teve lugar a dissolução social de *B*, continuou seu bastante procurador a receber de *C* os mesmos alugueis estipulados na escriptura publica de arrendamento, sem a menor reclamação ou ponderação.

Chegando *A* da Europa, um anno mais ou menos após aquella dissolução, declara a *C* que o contracto de arrendamento tinha caducado em razão da retirada de seu socio *D* da sociedade *B*, tirma arrendataria do predio — e não cada um delles individualmente, sem embargo de haver sido a escriptura respectiva assignada por *C* como representante de *B*.

Pergunta-se:

I

E' juridico affirmar que as sociedades commerciaes de nome colectivo são creações legaes, absolutamente distinctas dos associados, de maneira que o facto da retirada de um destes e consequente dissolução da sociedade, acarrete para o socio, que ficou com os direitos e obrigações da firma extincta, a extincção do arrendamento antes do prazo marcado na respectiva escriptura e tão sómente por aquelle facto?

II

Verificada a dissolução social pela expiração do termo prefixado no contracto, muito tempo antes do prazo ou termo do arrendamento do predio, em que estava estabelecida a firma *B*, poderá *C* ser despejado, sem embargo de haverem sido cumpridas todas as clausulas do arrendamento por aquella firma e posteriormente, por cerca de um anno, por *C* individualmente?

III

Sendo pela escriptura de arrendamento prohibida a sublocação do predio — sem conhecimento ou annuencia do locador, poderá considerar-se *sublocação* a permanencia do socio *C* no uso e gozo do predio arrendado á firma de que fazia parte?

### Resposta

Em nossa dissertação — *Da Sociedade em conta de participação* — que vem citada na nota 453 de Orlando ao Cod. Comm. e se lê n' *O Direito* vol. 30 pag. 481 — deixámos categoricamente firmado o conceito: que as sociedades commerciaes são pessoas juridicas. Ali, no nº 28, com a copiosa torrente de escriptores citados nas notas 48 a 50, estão firmados os pontos juridicos predominantes daquella caracteristica das sociedades commerciaes. E para outra não ser a verdadeira doutrina, bastaria ponderar em que, a quota com que cada socio perfaz a cifra do

capital social, destaca-se do seu patrimonio allodial para formar objecto do dominio e posse da sociedade — tanto que se torna inalienavel. Doutrina que, como ahi mostrámos, ficou consignada em varias passagens do nosso Codigo Commercial, como nos arts. 292, 333, 334, 340, 349, 350 etc., etc.

Posteriormente ao nosso humilde trabalho, enriqueceu-se a literatura juridica com a monumental monographia de Giorgio Giorgi — *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali* (Firenze, 5 vols., 1889-1895) — cuja autoridade é hoje sem rival. Desvanecidamente vimos ali consagrados varios dos nossos argumentos.

Resumamos:

Para se concluir que as sociedades commerciaes são pessoas juridicas, diz o abalizado mestre (vol. 1º, ns. 28-30), nada seria mais facil do que apontar o art. 77 do Cod. Comm. ital., onde em todas as letras está escripto que sim: "*As sociedades mencionadas (em nome colectivo, commandita simples, commandita por acções, anonyma) constituem, com respeito aos terceiros, entes collectivos distinctos das pessoas dos socios.*" Poder-se-ia accrescentar o art. 137 do Cod. Proc. civ., que confere ás sociedades commerciaes representação em juizo.

Mas tambem affluem argumentos de ordem historica e doutrinaria.

*Corpos mysticos* — eis como os mais antigos jurisconsultos chamavam ás primeiras sociedades commerciaes italianas.

*Societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum* — disse Straccha.

*Aliud est corpus unius Societatis, et aliud est quilibet socius ipsius Societatis* — disse Scaccia.



G. Giorgi, porém, vai mais longe, e diz ser impossível constituir taes sociedades com a significação e efficacia que hoje se lhes dá, e não lhes conferir ao mesmo tempo, e necessariamente, a personalidade juridica. *Non é possibile, accrescenta elle, senza mettersi in contradizione.*

E descendo á analyse das especies, assim argumenta o notavel jurisconsulto:

*Sociedades por acções.* De um lado temos as acções, propriedade dos accionistas, que as vendem, as compram sem se preocuparem do capital social; acções que teem valor de bolsa proprio, que não corresponde, com proporção mathematica, á entidade do capital social; mas que se mede pelo credito ou pelas esperanças da especulação. Do outro lado, temos o capital social derivado do emprego das acções: estabelecimentos, machinas, estradas de ferro, navios, etc. Mas este capital desloca-se por completo da pessoa dos accionistas, e personifica-se na sociedade. Em nome desta é inscripto; esta é quem activa ou passivamente figura em juizo; em seu nome nascem e solvem-se creditos e debitos. Si vem a ser condemnada, não o são os accionistas; si lhe é aberta fallencia, não ficam por isso fallidos os accionistas. O accionista sabe que tem direito aos dividendos mas também sabe que não póde pretender nenhuma co-propriedade sobre os estabelecimentos, locomotivas, navios da sociedade. Sabe ainda que não pode ser accionado pelos credores da sociedade nem accionar os devedores della. Logo, a sociedade, não os accionistas, possui o fundo social.

Todas essas observações quadram perfeitamente na *sociedade anonyma* e na *sociedade em commandita por acções*. A *commandita simples* confunde-se a este proposito com a *Sociedade em nome colectivo* — a cujo respeito confessa Giorgi ser melhor fundada a negação de personalidade juridica — pois ninguém pretenderá negar, nesta especie, a responsabilidade solidaria dos socios para garantia do debito da sociedade. Isto, porém, não tolhe a existencia do debito social, e, portanto, a de um

ente, que sendo capaz de debitos, tem uma subjectividade patrimonial. Fôra absurdo admittir um debito ou um credito da sociedade sem considerar essa entidade com personificação propria, distincta da individualidade dos socios. E parallelamente com os artigos que citámos do nosso Codigo Commercial, cita Giorgi os arts. 88, 90 e 93 Cod. Comm. ital. A principal e notoria garantia dos credores é o patrimonio social, não o patrimonio proprio e particular dos socios — cuja responsabilidade pessoal é apenas um accrescimo de garantia, que não destróe o patrimonio e o debito da sociedade. Já Pothier, *Tr. das Pessoas*, tit. VII, sec. V., o reconhecera e confessara. A sociedade é a devedora principal — é quem comparece em juizo — é quem contracta por meio do socio que tem o uso da firma, etc. Tudo isto seria inconcebivel si a sociedade não tivesse uma personalidade sua, não fosse, emfim, uma pessoa juridica.

—

Fui talvez prolixo: mas si não havia necessidade de repisar idéas tão vulgarizadas hoje, era de rigor, entretanto, não esquecer que dous dos maiores jurisconsultos do seculo — Savigny e Ihering — parecem contrarios á doutrina exposta.

O primeiro — *Le Droit des Obligations*, trad. de C. Gérardin e P. Juzon, 2º vol., pag. 353 — foi vantajosamente refutado por Giorgi, vol. cit., pag. 66 — ou melhor, a si mesmo se refuta; porquanto, depois de haver firmado no texto, que as acções (*Stamm-actien* — ou titulos das sociedades industriaes) exprimem uma parte de propriedade na empresa, e seu possuidor é verdadeiro comproprietario, acrescenta em a nota (f), que se póde considerar a sociedade como proprietaria da empresa e vêr em cada accionista um credor da sociedade ou um simples interessado. Que mais seria preciso para dar a Savigny razão contra elle mesmo?

O segundo — *Esprit du Droit Romain*, trad de Meulenaere, 4º vol., pag. 343 — chega a dizer que a pessoa juridica não pode ter direitos,

pois estes só são possíveis quando uteis ao respectivo titular, e a utilidade só se comprehende ligada *á pessoa* do titular do direito. Já na pagina 215 do mesmo volume dissera o famoso romanista que *a pessoa juridica* não passa de uma mascara, não é *l'ayant-droit*, pois os *ayants-droit* são os individuos interessados na communhão.

Não! exclama elle; *os verdadeiros sujeitos do direito não são as pessoas juridicas, como taes, mas os seus membros isolados.*

*Quandoque bonus...*

Poderíamos, quiçá plausivelmente, insinuar que naquellas passagens referia-se Ihering unicamente ás corporações ou fundações pias, visto não indicar outras especies de pessoas juridicas na linha 2<sup>a</sup> da pag. 342 — ponto de partida de suas observações sob o ponto ora em estudo.

Mas preferimos crêr que o illustre professor alludia a qualquer especie de taes pessoas.

Mas então, assim como de Savigny dissera Giorgi (vol. 1º p. 67), que o professor de Berlim, immerso no direito romano e na historia, desviára a vista das instituições modernas — que era inexperiente no direito commercial moderno; — assim, ainda, como do mesmo Savigny dissera o proprio Ihering — a proposito da doutrina da posse savignyana (*Besitz*, n. 12), que ao emerito berlinez faltava a noção da pratica — poderíamos nós dizer que tambem o emerito autor do *Espirito do direito romano* não viu a realidade objectiva das coisas, si não encontrassemos nelle mesmo a sua propria refutação.

Com effeito, é o proprio Ihering quem nos diz (pag. 215), que exteriormente, é o *ser juridico* quem age, contesta, contracta, executa; que (pag. 344) as deliberações da maioria dos socios ou accionistas obrigam a vontade de todos etc., etc. Logo, a sociedade se distingue da individualidade dos socios, e é precisamente isto o que faz da sociedade

uma pessoa jurídica — que, com Mühlenbruch, é um ente personificado, a quem se attribue a capacidade dos direitos civis Conticini, *Trattato delle persone*, § 43.

Nem vemos porque Ihering encontra dificuldade entre esta concepção e a sua definição de direitos — *interesses legitimamente garantidos*.

### **Isto posto:**

Respondemos, que sendo as sociedades commerciaes em nome colectivo *pessoas jurídicas*, a retirada de um socio, e consequente dissolução da sociedade, extingue o contracto de aluguel de um predio feito pela firma social.

E ficam assim prejudicados os demais quesitos. S. M. J.

*S. Paulo, 14 de Dezembro 96.*

### **LII**

1º) Efeitos da retirada de um socio, pendente o prazo da existencia social. Sua responsabilidade para com terceiros.

2º) Direitos dos socios remanentes.

3º) Intelligencia do art. 339 Cod. Com.

### **Consulta**

A e B, em nome colectivo, e C commanditario, formaram sociedade sob a firma A & B.

A e C mancommunaram-se contra B, e de tal modo se incompatibilizaram com elle, que chegaram a lhe fazer ameaças physicas, por não se prestar a fazer certos saques que, fóra do contracto social, aquelles exigiam.

B, desesperado, resolveu se retirar da sociedade, não obstante não ter ainda expirado o prazo social.

Tomada esta resolução, fez B levantar um balanço geral, em que se observaram as formalidades da lei e do estylo, e tendo feito annunciar pela imprensa, por *communicados* á praça, e protestado judicialmente não pertencer mais áquella sociedade, retirou-se effectivamente, levantando o saldo de setenta contos de reis que do balanço resultára em seu favor.

Faz-se notar que a clausula IX do contracto é do teor seguinte: "Expirado o prazo para a duração do presente contracto... os socios que ficarem deverão embolsar os que se retirarem por letras acceitas pela firma, com vencimentos mensaes e de quantias nunca inferiores a 5:000\$000 mensaes. Esta condição prevalecerá tambem quando o socio tenha se retirado antes de terminada a sociedade."

A' vista do exposto, pergunta-se:

1º) Era licito a B. retirar-se assim da sociedade, e retirando-se com os referidos setenta contos, commetteu algum crime?

2º) Quaes são os direitos dos credores da firma posteriores á retirada de B?

3º) Quaes são os direito de A e C contra B?

### **Respondo:**

Ao 1º) Não vejo siquer vestigios de crime no procedimento do socio B.

E' certo que, na censura do direito, não é licito a qualquer socio de sociedade em nome colectivo ou em commandita simples se retirar de *motu proprio* da sociedade antes de expirado o prazo do respectivo contradito. "Quem assume a qualidade de socio, diz Vidari,

tambem assume todos os deveres que lhe são referentes e por toda a duração da sociedade" — *Le Società Com.*, n. 193. E' por isso que as sociedades commerciaes só se dissolvem ou se reputam dissolvidas quando occorre algum dos factos a que a lei designadamente attribue aquelle effeito — *Cod. Com.*, arts. 335 e 336.

Mas na hypothese não se trata propriamente de dissolução de sociedade, sinão da retirada de um dos socios no periodo da vida social — relação discriminada daquella pelo proprio codigo no art. 339, e por elle claramente acceita e reconhecida, uma vez que limita a responsabilidade do socio retirante *até o momento da despedida*. Disposição reproduzida no art. 74 § un. do Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890.

E nada mais razoavel, pois que, no dizer do citado Vidari, excessivo seria e injusto o constranger alguém a continuar em sua qualidade de socio quando tenha graves e justificados motivos de sair da sociedade.

Eis porque o art. 1871 do *Cod. Nap.*, fonte commum das legislações modernas, dispõe que, *havendo justos motivos*, póde se romper a sociedade antes do termo convencionado; disposição que transparece no nosso citado art. 339 *in verbis: com causa justificada*.

Thaller, *Tr. élém. de dr. com.*, n. 428, chega, sobre este thema, a invocar o principio do pacto commissorio tacito, do art. 1184 daquelle codigo. — "A cadeia forjada pela sociedade, diz elle, privando os respectivos membros da propria independencia, pareceu muito pezada para impôr a continuação da sociedade si as circumstancias viessem a se modificar por falta de cordialidade mutua."

Conc. Vavasseur, *Tr. des soc. civ.* n. 214 e a corrente dos commercialistas.

Vidari, loc. cit., aponta, como exemplos de motivo justificado de rompimento, o caso de um socio faltar aos seus deveres sociaes, ou maltratar outro, ameaçar-o, ou o de surgir entre os socios inimizade implacavel.

Mas si taes factos são motivos que justificam a expulsão de um socio — Vivante, *Tratt. di dir. com.*, n. 664, e outros — nada mais logico do que dar ao socio que se diz victima dos outros o direito de se retirar, de preferencia a fazer uso do direito de pôr fóra esses outros.

Ora, da exposição acima se deduz uma serie de factos bastantemente justificaveis da retirada de B, como sejam: a exigencia do socio A e C relativamente aos saques a que na mesma exposição se allude, e as ameaças de offensa pessoal de que B tem sido alvo.

Haveria crime no facto da retirada dos 70 contos de reis, representativos do capital e lucros verificados no balanço, levantado precisamente a proposito da retirada de B.? A não ser o de furto, outro qualquer de modo algum caberia no caso. Mas absolutamente não se pode nem cogitar de similhante figura criminosa: falta-lhe o primeiro dos seus elementos objectivos — coisa *alheia* subtrahida.

---

Ao 2º) Os direitos dos credores da sociedade posteriores á retirada do socio B, a qual foi annunciada pelos jornaes, em comunicação á praça e por meio de protesto judicial, não podem ser outros sinão os definidos no Codice, e este, como já se disse, expressamente dispõe que a responsabilidade do socio retirante não vai alem do momento da despedida. Portanto, aquelles direitos só podem ter por garantia os fundos e interesses dos socios remanentes — Cod. Com., art. 339. — Lyon-Caen e Renault, II, 347.

Nem se objecte com a falta de registro da retirada: temos como suficiente a publicidade que, pelos meios acima referidos, lhe foi

dada. O que se requer é que os terceiros tenham noticia do facto. A exigencia legal do registro preconizada pelos escriptores (v. g. Lyon-Caen e Renault., II, 348; Endemann, *Man.*, I, p. 419 ; Vidari, I, 1024 etc. etc), e feita no art. 338 do nosso Cod. Com., refere-se ao distracto da sociedade quando esta não foi celebrada por tempo determinado. Mas a hypothese é outra: não houve distracto, sinão, na phrase de Thaller, *rupture du pacte social* e para este caso, já o art. 339 não falla de registro. Os terceiros ficaram scientes, pelos jornaes e pelo protesto judicial, da retirada de B: não podem, portanto, pretender mais direitos do que lhes dá o cit. art. 339.

---

Ao 3º) Os socios A. e C. teem o direito de requerer a liquidação judicial da sociedade até a data da retirada de B. e de continuar em nova sociedade. Será esse o meio regular de fazer com que fiquem apuradas as responsabilidades sociaes até aquella referida data, nas quaes tem parte o socio retirante.

Tambem, uma vez que havia lucros ao tempo da retirada de B., teriam ainda o direito de simplesmente exigir que este restituisse os setenta contos que levantou comsigo, e os reter até que se liquidassem todas as negociações pendentes e que houvessem sido intentadas antes da retirada — cit. art. 339 — si a hypothese da retirada prematura de qualquer dos socios e regularização dos respectivos direitos não tivesse sido prevista no contracto, como foi na clausula 9ª.

Por esta clausula, B. só tinha o direito de exigir letras acceitas pela firma na importancia do capital e lucros consoante o balanço, letras de vencimentos mensaes e de quantias nunca inferiores a 5:000\$000.



Isto posto, me parece que A. e C. podem ainda exigir aquella restituição mediante consignação judicial de letras sufficientes para cobrirem os direitos balanceados de B.

—  
Este é o meu parecer, salvo melhor.

11-2-03

### LIII

— Questões sobre dissolução de sociedades em nome colectivo. Interpretação do art. 338 Cod. Com. Basta que os credores sociaes tenham noticia ou saibam da dissolução para que se lhes applicuem as regras concernentes á responsabilidade dos socios.

— Interpretação do art. 343.

### Exposição

Antonio Carlos de Arruda Botelho e Leonardo de Arruda Botelho celebraram por escriptura particular, em 28 de Julho de 1890, em S. Carlos do Pinhal, um contracto de sociedade, em nome colectivo, para negociarem em machinas, ferramentas, ferragens e outros objectos para industria e especialmente para lavoura, e bem assim para explorarem uma officina mechanica, sob a firma de L. Botelho & C.<sup>a</sup>

O prazo da sociedade foi de 2 annos e o contracto foi registrado na Junta Commercial do Rio de Janeiro em 23 de Agosto de 1890.

Ficou como gerente da sociedade o socio Leonardo Botelho.

Terminado o prazo do contracto, proseguiu não obstante a sociedade no mesmo ramo de negocio, sob a mesma gerencia, até 3 de Junho de 1897, data em que foi dissolvida e liquidada por escriptura publica, da qual se junta uma copia a esta exposição.

Por essa escriptura o socio Leonardo Botelho tomou sobre si o activo e o passivo da sociedade, dando ao socio Antonio Carlos resalva contra toda a responsabilidade futura.

Leonardo Botelho continuou no gyro da negociação que fazia objecto da sociedade extincta, debaixo de nova firma, a firma L. Botelho.

O distracto foi archivado na Junta Commercial do Estado em 25 de Agosto de 1897, publicado oficialmente e reproduzido pelos jornaes da Capital do Estado na parte commercial, em que dão publicidade aos trabalhos da Junta; não foi, porém, publicado nos periodicos do domicilio social.

Com o distracto da sociedade, nos termos em que foi feito, houve credores que não concordaram, credores que o approvaram expressamente, e outros que o fizeram implicitamente, por terem celebrado com Leonardo Botelho, ao tempo da nova firma, transacções indicativas de que confiavam no seu credito.

Sabedor da opposição de alguns credores á dissolução da sociedade e de que a verdade não lhe fôra revelada inteira pelo seu ex-socio, e convencido de que de dia para dia mais se agravariam as suas responsabilidades sociaes, Antonio Carlos requereu a fallencia da firma L. Botelho & C.<sup>a</sup>

A fallencia foi decretada, e, nomeados os syndicos, procederam elles, com assistencia do curador fiscal, á arrecadação do patrimonio social, então em poder de Leonardo Botelho, e tambem á arrecadação dos bens particulares de Antonio Carlos.

Leonardo Botelho, por sua vez, e como unico representante da firma L. Botelho successora da de L. Botelho & C.<sup>a</sup>, requereu que a sua firma tambem fosse declarada fallida confessando a sua insolvabilidade (art. 72 § 1 do Dec. nº 917 de 24 de Outubro de 1890).

Em consequencia, foram convocados os credores de L. Botelho & C.<sup>a</sup> e os de L. Botelho para a reunião de que trata a lei (art. 38).

Não havendo nos livros discriminação de credores, porquanto Leonardo Botelho, após a dissolução da sociedade, continuou a sua escripta nos mesmos livros da firma dissolvida, sem declaração, nem discriminação alguma, os syndicos provisórios organizaram uma lista geral de credores incluindo-os todos, indistinctamente, como credores da firma L. Botelho & C.<sup>a</sup>

Por essa lista foi feita a chamada na reunião dos credores.

Contra ella reclamou, entretanto, o fallido Antonio Carlos, mostrando, por meio de petição, que era indispensavel n'aquella fallencia separarem-se os credores de L. Botelho & C.<sup>a</sup> dos credores particulares dos socios, e que eram credores particulares de Leonardo Botelho todos aquelles que, o tendo sido da sociedade, celebraram, após a dissolução da sociedade, com o mesmo Leonardo Botelho, sob a sua nova firma commercial, transacções indicativas de que confiavam no seu credito.

Mostrou mais Antonio Carlos que na dita lista figuravam credores, cujos títulos estavam prescriptos: operarios, por serviços prestados á firma successora exclusivamente; credores, por transacções feitas com Leonardo Botelho individualmente ao tempo da existencia da sociedade; finalmente, credores, por obrigações contrahidas pelo socio Leonardo Botelho em nome da sociedade, mas após a sua dissolução (art. 340 do Cod.).

Assim contestados os creditos, procedeu-se á nomeação da commissão encarregada da sua verificação, e a reunião ficou adiada.

Na audiencia seguinte foi pela commissão apresentado o seu relatorio, em que opinou: que os operarios deviam ser excluidos do passivo da firma L. Botelho & C.<sup>a</sup>; que havia realmente credores cujos titulos achavam-se prescriptos e os apontou; credores de L. Botelho & C.<sup>a</sup>; credores de Leonardo Botelho, e credores, que eram *ao mesmo*

*tempo* de L. Botelho & C.<sup>a</sup> e de L. Botelho. N'esta ultima classe comprehendeu a commissão os credores de L. Botelho & C.<sup>a</sup> que, após a dissolução, tiveram transacções com L. Botelho.

Aberto o debate sobre a classificação, mandou o Juiz que os autos lhe fossem conclusos para decidir.

Em face do exposto, pergunta-se:

1º

Dissolvida e liquidada a sociedade L. Botelho & C.<sup>a</sup> nos termos em que o foi, e havendo credores que não approvaram os distracto e liquidação feitos (art. 343 do Cod. Comm.), continuou a mesma sociedade a subsistir com relação a esses credores?

2º

No caso affirmativo, continuou a sociedade a subsistir com o mesmo patrimonio social constante da escriptura de distracto e liquidação, não obstante os termos dessa mesma liquidação?

3º

Subsistindo a sociedade com o mesmo patrimonio, podia o socio Antonio Carlos requerer a fallencia da sociedade L. Botelho & C.<sup>a</sup> com o fundamento de ter esta faltado ao pagamento de dividas certas e liquidas de que são titulares aquelles credores (1º quesito); e, no caso de poder ser decretada a fallencia, deve a arrecadação dos bens sociaes, em poder do socio Leonardo Botelho em virtude do distracto e liquidação, ser feita como constituindo o patrimonio de L. Botelho & C.<sup>a</sup>?

4º

Ainda no caso de subsistir a sociedade com relação aos alludidos credores, e de subsistir com o mesmo patrimonio social, têm

elles o direito de, no processo da fallencia, serem pagos por esse patrimonio de preferencia a outros credores?

5º

Os credores de L. Botelho & C.<sup>a</sup>, que approvaram expressamente o distracto e liquidação, e os credores que os approvaram implicitamente por meio de transacções que, após a dissolução, effectuaram com o socio Leonardo Botelho, indicativas de que confiavam no seu credito, continuam como credores de L. Botelho & C.<sup>a</sup> ou tornaram-se pelo facto da approvação expressa ou implicita, credores particulares de Leonardo Botelho?

6º

No caso de taes credores se terem tornado credores particulares de Leonardo Botelho, têm elles o direito de, no processo da fallencia, concorrer com os credores de L. Botelho & C.<sup>a</sup>, isto é, com os credores que não approvaram a dissolução e liquidação, afim de serem pagos pelo patrimonio social e, com os credores de L. Botelho & C.<sup>a</sup>, tomarem parte nas votações e mais actos da fallencia, taes como concordata, eleição de syndicos e commissão fiscal, e bem assim nas deliberações referentes ao patrimonio social?

7º

Tendo sido o distracto da sociedade L. Botelho & C.<sup>a</sup> registrado na Junta Commercial do Estado e publicado do modo por que ficou declarado na exposição supra, subsistirá a responsabilidade do socio Antonio Carlos a respeito das obrigações contrahidas para com terceiros pelo socio Leonardo Botelho, em nome da sociedade, posteriormente á data do registro, pelo fundamento unico de não ter sido o mesmo distracto publicado nos periodicos do domicilio social?

8º

A exigencia dessa publicação do distracto social nos periodicos do domicilio da sociedade não é actualmente dispensada em vista do disposto no art. 74 § unico do Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, mormente tratando-se, como no caso, de uma sociedade por tempo indeterminado (art. 335 n. 5 do Cod. Com.), composta apenas de dois socios, dissolvida por accordo expresso de ambos?

Addendo á "Exposição".

A sociedade L. Botelho & C.<sup>a</sup>, que funcionou nos ultimos annos como sociedade de facto, foi expressamente reconhecida pelos socios na escriptura de distracto e liquidação, que vai junta, e tambem pelos credores em todos os termos e actos do processo da respectiva fallencia.

**Resposta**

Sem observar a ordem mantida na deducção dos quesitos propostos, tomarei os pontos capitaes da consulta para lhes dar as respostas que mais acertadas me parecerem.

/

E começando pelos dois ultimos quesitos, que me parecem conter materia prejudicial:

Si de facto exige o art. 338 Cod. Com. que o distracto da sociedade seja registrado e publicado nos periodicos do domicilio social, sob pena de subsistir a responsabilidade de todos os socios a respeito de quaesquer obrigações que algum delles possa contrair com terceiro em nome da sociedade, é todavia certo que tal disposição, como toda regra de direito, tem um espirito ou razão; e é esta razão que o interprete deve preferentemente procurar quando tiver de saber si houve ou não violação da regra legislativa. Si, na hypothese, satisfeita ficou a *ratio legis*,

cumpriu-se a regra, quaesquer que sejam as palavras de que o legislador se serviu. *Non enim lex est quod scriptum est sed quod legislator voluit quod judicio suo probavit et recepit* — L. de quib. ff., de leg. — preceito fundamental em hermeneutica, como diz Black, *Interpretation of the laws*, n. 24, e que sem duvida inspirou o Assento de 10 de Junho de 1817 quando condemna a interpretação que, *olhando só para a letra da lei, destrua a sua verdadeira intenção*.

Ora, a razão do nosso art. 338 não póde ser outra sinão a necessidade de tornar publica a dissolução da sociedade: o que é preciso é que os credores sociaes tenham noticia da dissolução — Acc. do Sup. Trib. de Justiça de 24 de Maio de 1862, na *Jurispr. Com.*, pag. 110.

Mas não admitte duvida que a publicação feita nos periodicos da capital tanto mais satisfaz o espirito da lei quanto é certo que nem linha de comparação existe entre elles e os de S. Carlos do Pinhal. De mais, a jurisprudencia está hoje firme em dispensar, a respeito de quaesquer actos juridicos, a publicação em outros jornaes uma vez que esta seja feita no *Diario Official*; e aviso ha do Conselheiro Lafayette, quando ministro da Justiça, exigindo em qualquer hypothese, e como unico meio de prova, a publicação na folha official. Portanto, o Codigo Commercial, promulgado em 1850, já está atrasado neste ponto, e deve o interprete, mediante o elemento scientifico da interpretação das leis, seguir-lhe a *ratio* e não a *littera*.

Mais longe ainda foi o acc. da Relação do Rio, de 13 de Agosto de 1878 (*O Direito*, XVII, 106), decidindo bastar o registro, *podendo a noticia provada da dissolução da sociedade dispensar a respectiva publicação*. Esta jurisprudencia adoptou-a depois explicitamente o Dec. n. 917 de 1890, art. 74 § unico.

Nem outro póde ser o sentido desta ultima disposição, posto que inserida na Lei sobre Fallencias: 1º) porque figura em titulo

continente de varias *disposições relativas ás sociedades*, algumas das quaes concernentes a relações jurídicas fóra de fallencia; 2º) porque, fazendo expressa remissão ao art. 338 Cod. Com., delle só reproduz a exigencia do registro, sem mais alludir á publicação pela imprensa. *Unius inclusio, alterius exclusio*. Do contrario, ou nada disporia a nova lei, por escusado, ou reproduziria por completo o art. 338.

Mas da exposição supra se vê que os credores tiveram conhecimento da dissolução e liquidação da sociedade L. Botelho & C.<sup>a</sup>, nos termos da escriptura junta — uns, oppondo-se, outros, convindo, taes implicitamente, taes explicitamente.

Logo, si com relação aos credores que se oppuzeram, por actos positivos, á dissolução e liquidação, subsiste, como se verá adiante, a responsabilidade solidaria do socio retirante, respectivamente aos que convieram, mantendo, com o socio restante, relações commerciaes, a esses já não é licito allegar a falta da publicação do distracto e liquidação nos periodicos locaes — em que peze ao sentimento contrario de Lyon Caen et Renault, *Traité*, II, n. 230 e 359 — para conservarem qualquer direito áquella responsabilidade.

E assim, em conclusão, respondo aos quesitos 7º e 8º dando como perfeita a dissolução e liquidação da firma L. Botelho & Comp., salvo o que se segue.

//

Quanto aos respectivos credores, parece-me que toda a materia da consulta póde ser, com solução de todos os incidentes propostos, reduzida a uma unica regra, a saber:

Discriminados os credores, consoante o art. 343 Cod. Com., em duas classes: a dos que não convieram na escriptura de 3 de Junho de 1897, que dissolveu e liquidou a sociedade em questão, e a dos que,



posteriormente áquella dissolução e liquidação, fizeram com Leonardo de Arruda Botelho alguma novação de contracto ou transacção indicativa de que continuavam a confiar no credito delle — para com os da primeira classe subsiste a responsabilidade solidaria de Antonio Carlos de Arruda Botelho, *aliter* para com as da segunda.

Isto posto, e discriminados tambem os dous patrimonios, *id est*, o de L. Botelho & C.<sup>a</sup> qual existia antes de liquidado pela dita escriptura de 3 de Junho, e o que ficou pertencendo, depois desta, a Leonardo de Arruda Botelho, facil é chegar ás conclusões pedidas na consulta.

O primeiro daquelles patrimonios responde pelos creditos dos credores da primeira classe; e quando sejam insufficientes para inteira solução de taes creditos, ficam ainda responsaveis pelos saldos os bens particulares de ambos os ex-socios ou os de qualquer delles. E é precisamente porque, com relação a taes credores, subsiste a sociedade até final liquidação dos respectivos creditos (Cod. Com., art. 329), que bem foi requerida por Antonio Carlos a fallencia de L. Botelho & C.<sup>a</sup>; tanto mais quanto, pela solução dos referidos creditos, antes de serem obrigados os bens particulares de Antonio Carlos, responderão os bens que passaram, pela escriptura de 3 de Junho, de L. Botelho & C.<sup>a</sup> para a nova casa de Leonardo — Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890, art. 73 § 3º.

Mas é bem de vêr, que a responsabilidade do socio retirante para com os credores que não convieram na dissolução e liquidação da firma, subsiste tão somente pelas transacções passadas ou pendentes na data da mesma dissolução e liquidação, porque, quanto ás operações que o socio restante praticou posteriormente, só elle responde pelas respectivas obrigações — o que é deducção logica dos principios geraes — Lyon-Caen et Renault, vol. cit., n. 352. Do contrario, e na hypothese da consulta, poderia Leonardo por tal fórma comprometter até os bens particulares de Antonio Carlos, que o reduzisse á insolvencia absoluta.

Quanto, porém, aos credores da segunda classe, a quitação e resalva que Leonardo, na referida escriptura, outorgou em favor de Antonio Carlos, põe este ultimo a coberto de qualquer reclamação por parte delles. E tal é a disposição expressa do cit. art. 343 Cod. Com. Para taes credores, só porque praticaram os actos figurados no final do dito art., a liquidação de L. Botelho & C.<sup>a</sup> ficou absoluta e definitivamente consummada — arg. do acc. do Trib. de Cassação de Paris, de 24 de Março de 1830 — Dalloz, *Répert.*, v<sup>o</sup> *Société*, n. 1045; Goujet et Merger, *Dict. de Dr. Com.*, v<sup>o</sup> *Société*, n. 605. A novação de seus creditos só os mantém credores do actual activo de Leonardo, salvo a preferencia dos credores divergentes, nos termos acima expostos.

Portanto, e em conclusão, respondo:

ao 1<sup>o</sup>) sim, para o effeito de se pagarem pelo producto dos bens sociaes, e particulares dos socios si aquelles forem insuficientes;

ao 2<sup>o</sup>) respondido;

ao 3<sup>o</sup>) já dissemos que Antonio Carlos bem podia requerer a fallencia de L. Botelho & C.<sup>a</sup>, e na respectiva arrecadação devem entrar os bens sociaes em poder de Leonardo, pois que, como se disse, taes bens respondem pelos creditos dos credores da 1<sup>a</sup> classe;

ao 4<sup>o</sup>) sim, vistas as respostas anteriores: os credores discordantes ou da primeira classe preferem aos que, por força da alludida novação, passaram a ser de Leonardo Botelho;

ao 5<sup>o</sup>) respondido: estes credores, só depois de pagos os primeiros pelos bens sociaes de L. Botelho & C.<sup>a</sup>, é que poderão sel-o pelas sobras ora em poder de Leonardo;

ao 6<sup>o</sup>) prejudicado quanto á 1<sup>a</sup> parte, pois que, como se disse, taes credores não têm mais direito ao capital da firma dissolvida, que para

elles ficou liquidada; mas é sem duvida que, como credores da firma successora, poderão tomar parte nos termos da fallencia.

Este é o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 4 de Abril de 1898.*

## LIV

— Interpretação do art. 335 n. 1º Cod. Com.

Dissolvida uma sociedade mercantil pela expiração do prazo estipulado para a sua existencia, a respectiva prorogação depende de novo contracto. Aquella expira *ipso jure* pelo advento do termo *ad diem*.

— A responsabilidade do commanditario se limita pelo balanço levantado na época da expiração do dito termo.

## Resposta

Lido attentamente o opusculo que acompanha a presente consulta, e contém as razões finaes, proficientemente lançadas, balanços e outras peças produzidas pelo autor na causa a que a mesma consulta se refere; e detidamente considerando a materia de facto e disposições de direito applicaveis, passo desde já a responder aos quesitos propostos.

1º)

A disposição do art. 335 n. I Cod. Comm., segundo a qual se reputam dissolvidas as sociedades mercantis expirando o prazo ajustado da sua duração, contém preceito absoluto, isto é, da expiração daquelle prazo se induz *ipso facto atque jure* a dissolução da sociedade.

Provam-no: a) a interpretação grammatical do texto, b) o systema do nosso Codigo, c) a legislação comparada, d) a lição dos escriptores.

a) Interpretar, diz Black (*Handbook on the construction and interpretation of the laws. St. Paul, 1896, chap. I*), é vulgarmente aplicar ás relações de direito o sentido da lei qual lhe vem da propria letra. Nas palavras da lei está o elemento basico da sua interpretação. *Primarily, a statute is to be interpreted according to the ordinary meaning of its words and the proper grammatical effecte of their arrangement in the act — id. — Chap. III, n. 34.*

Mas, si o nosso codigo diz, que occorrendo qualquer dos factos enumerados no citado art. 335, as sociedades *se reputam* dissolvidas, não podia querer outra cousa sinão dizer que desde logo as sociedades *se considerassem, se houvessem, se julgassem, se estimassem* dissolvidas, isto é, no caso de expirado o prazo ajustado para a duração de qualquer sociedade commercial, que, attingido o termo desta duração, se dissolvesse por isso mesmo a sociedade. Nem outro é o effeito juridico do termo, que Savigny definiu, com maxima precisão, *uma limitação posta no tempo Á EFFICACIA de uma relação de direito.*

É isto o que literalmente diz a lei, e nada autoriza a lhe contornar a letra para crear relações de que ella não cogitou.

b) Tanto assim, que os arts. 337 e 344 contêm disposições positivamente confirmativas do nosso conceito. Si pelo art. 337 — a sociedade formada por escriptura publica ou particular deve ser dissolvida pela mesma forma de instrumento porque foi celebrada *sempre que o distracto tiver logar amigavelmente* — a conclusão é, que nos demais casos, como quando ocorre algum dos já referidos no art. 335, não ha necessidade de escripto para se operar a dissolução. Logo, esta vem *ipso facto atque jure*. Si pelo art. 344 — dissolvida uma sociedade mercantil devem os socios operar a sua liquidação — segue-se que, do momento da dissolução, a sociedade só vive para o exclusivo effeito da propria liquidação, isto é, para tão somente apurar o activo e solver o passivo, até que finalmente se chegue á partilha de que fala o art. 348. Logo, o *termo*

*final* do contracto (*ad diem*), que tem muita afinidade com a condição resolutiva (Savigny, *Droit rom.*, § CXXVII, vol. 3º, ed. Guenoux, pag. 211), dissolve a sociedade eis que chega, sem dependencia de qualquer acto ou comunicação por parte dos associados.

c) Na correcta expressão de Raul de la Grasserie, o melhor meio de firmar, pelo estudo das leis comparadas, o sentimento de qualquer legislação ou sentido de qualquer lei ou instituto de direito, consiste em ver si ha alguma legislação literalmente differente daquella cujo espirito faz objecto das investigações do interprete, para então indagar si essa outra é geralmente seguida: — a segregação em que esta se achar da maioria das legislações dos povos mais cultos é razão segura para nos decidirmos contra ella.

Ora, percorrendo as legislações commerciaes modernas, vemos que concordam literalmente com o nosso Cod. as seguintes:

*Lei franceza* de 24 de Julho de 1867, apoiada no art. 1865 Cod. civ. — A prorrogação de uma sociedade não pode ser provada sinão por escripto revestido das mesmas formalidades do acto constitutivo da sociedade — Logo, a prorrogação não se presume, isto é, a sociedade em regra expira com a expiração do prazo convencionado.

Frizante é o texto do art. 46 Cod. Comm. de 1807: — *Toute continuation de société, APRÈS SON TERME ESPIRÉ, sera constatée par une déclaration des coassociés.* — Logo, sem esta declaração não ha mais sociedade, eis que expira o termo fixado.

*Cod. portuguez*, art. 120: As sociedades commerciaes dissolvem-se: 1. Findo o tempo por que foram constituidas, *não havendo prorrogação.* — Logo, si o termo não extinguisse *ipso facto* a sociedade, não haveria como explicar o final do artigo — não havendo prorrogação. — Portanto, esta não se presume; tanto que, na letra expressa do art. 121 § unico n. 1, o legislador portuguez dispoz que, do fim do tempo por que a

sociedade foi constituída ou prorogada, começa a responsabilidade individual dos administradores pelas operações que desde então iniciarem.

Nada mais claro e positivo.

*Cod. hespanhol, art. 221: Las compañías, de cualquiera clase que seam, SE DISSOLVERAN (imperativo: se dissolverão) TOTALMENTE por las causas que siguen: 1ª El cumplimiento del término prefijado en el contrato de sociedad.*

E mais expresso ainda é o art. 223: *Las compañías mercantiles non se entenderán prorogadas por la voluntad tácita ò presunta de los socios, después que se hubiere cumplido el término por el cual fueron constituidas; y si los socios quieren continuar en compañía, celebrarán un nuevo contrato, sujeito á todas las formalidades prescritas para su establecimiento.*

Com toda a nitidez de uma regra insusceptível de ambiguidade ou objecção, diz o Cod. italiano, art. 190:

*Decorso il termine stabilito per la sua durata, la società è sciolta di diritto, nè può essere tacitamente prorogata.*

O Cod. chileno, art. 407, remette ao código civil, que no art. 2098 dispõe que — *La sociedad se disuelve por la espiracion del plazo que se ha prefijado para que tenga fin.* E acrescenta: *Podrá sin embargo prorogarse por unanime consentimiento de los socios; i con las mismas formalidades que para la constitucion primitiva* — disposição esta que se repete no art. 350 Cod. Comm.

Concorda o Cod. argentino, art. 486: *Las sociedades no se entienden prorogadas por la voluntad presunta de los socios, después que hubiere cumplido el término estipulado en el contrato.* — E como o código hespanhol, prescreve a necessidade de novo contracto, com todas as formalidades do primitivo, si os socios quizerem prorogar a sociedade.

Tanto quanto os anteriores, positivo é o *Cod. do Mexico*, art. 134: — Depois da expiração do termo fixado no acto da sociedade, não se reputa a sociedade prorogada pela vontade presumida dos associados.

Concorda o *Cod. de Guatemala*, art. 235.

Finalmente, na legislação americana, só a vontade expressa em contrario á dissolução faz induzir a prorrogação do termo social — Walker, *Introd. to american Law*, Boston, 1887, pag. 253.

Em contrario, somente se conhecem as seguintes legislações, que admittem prorrogação tacita:

Cod. comm. allemão, art. 123 n. 5; Cod. comm. hungaro, art. 98 n. 6; Cod. federal suisso das Obrigações, art. 545 n. 5.

Estas leis dizem que a sociedade se dissolve pela expiração do tempo para o qual foi constituida, “a menos que os socios não a continuem tacitamante; neste caso se considera que a sociedade tem de então em diante uma duração indeterminada.”

Portanto, sendo estas tres leis mais modernas do que o nosso codigo commercial — o allemão é de 1869, o hungaro de 1875, e o suisso, de 1881 — não pode haver duvida sobre seguir a nossa lei a doutrina dos outros codigos apontados.

d) E a verdadeira doutrina é essa mesma, ensinada pelos mais conceituados escriptores.

Assim Merlin, depois de reproduzir a enumeração dos casos que, segundo o art. 1865 Cod. Nap., importam a dissolução da sociedade, ensina que — “chacune de ces cinq causes opère le même effet, et la SOCIÉTÉ FINIT par l’une comme par les autres. Or, ces mots LA SOCIÉTÉ FINIT, qu’elle idée presentent ils? Celle du droit de demander la

dissolution de la société? Non, mais bien celle de cette dissolution même opérée *ipso facto* — *Quest. de dr.*, v. *Société*, § 9".

A razão é porque, como dizia Stracca — "societas, inita per tempus, non durat ultra proefixum tempus, licet negotia non sunt perfecta", ou porque, segundo Menochio, "dispositio facta pro certo tempore ultra illud non extenditur" — *Consilia*, CXXI § 2º.

De resto, com Savigny já vimos que o termo *ad diem* é affirm da condição resolutiva; tanto que Vidari, *Società*, n. 1075, e Calamandrei, *Delle soc. comm.*, n. 635, chamam *condição* e não *termo* a prefixação de tempo á existencia da sociedade e resolutamente lhe dão o effeito immediato de dissolver o contracto mesmo que a sociedade não consiga o fim da sua constituição: "perchè, diz Vidari (*Corso*, II, p. 621) non si può supporre nei contraenti una volontà diversa da quella espressamente dichiarata nell'atto costitutivo, se questo, posteriormente, non venne d'accordo modificato." — Tal effeito, observa Calamandrei, n. 625, é apenas a exacta observancia do que se estipulou, nem, para que se produza em toda a sua extensão juridica, se faz precisa declaração alguma por parte dos associados — Cod. comm. do Mexico, art. 136; Guillery, *Des. Soc. comm. en Belgique*, n. 1068; Dalloz, *Rép.*, v. *Sociétés*, n. 638; Malepeyre et Jourdain, *Soc.*, n. 451, Troplong, *Soc.*, n. 870 etc. etc.

Declaração, sim, se faz mister quando ha prorogação, mesmo tacita — Virgilio Rossel, *Le Droit federal des Oblig.* p. 632 — pois do contrario "cette prorogation est irregulière par cela même qu'un écrit n'a pas constaté la décision des associes. Il faut, par suit, traiter la société prorogée comme une société non constatée par écrit" — Lyon Caen, II, 304.

Portanto, resumindo, e visto que a fixação do termo age de pleno direito — Rousseau, *Des sociétés comm.*, n. 527 — e que a prorogação, vindo da continuação do funcionamento das operações sociaes — Lyon-Caen, loc. cit. — precisa de se fazer conhecida de modo



legal — Ruben de Couder, *Sociétés*, n. 432 e segs. — podemos firmar de modo seguro que, dissolvida uma sociedade mercantil pela expiração do prazo estipulado para a sua duração, a respectiva continuação ou prorrogação só pôde se realizar por meio de novo contracto, sujeito às mesmas formalidades do acto de sua primitiva constituição — Houpin, *Tr. gen. des soc. civ. et com.*, n. 187; Pont, *Soc. civ. et com.*, n. 683; Ruben de Couder, loc. cit.; A. Vavasseur et J. Vavasseur, *Tr. des soc. civ. et com.*, vol. 1º, n. 213. Até porque, como dizia Locré, “lorsque la société est dissoute ou n'existe plus, la continuer, la proroger, c'est réellement en contracter une nouvelle” — *Législ.*, t. VII, pag. 251.

## 2º)

Na hypothese da consulta, mais do que a falta de instrumento probativo da pretendida prorrogação, falla contra esta a prova produzida pelo Autor, no sentido de sua resolução em contrario. Não só não ha prova formal positiva da prorrogação, como robustissima é a prova negativa. O Autor fez sentir positivamente a seu socio que não queria continuar a sociedade, e esse mesmo socio produziu documentos de que elle mesmo a houve como dissolvida.

Mas então, e dominada toda a questão pela resposta ao 1º quesito, absorvente de todo o interesse do litigio, salta aos olhos que, dada a dissolução, a sociedade não podia existir sinão para os actos de sua liquidação e partilha — Cod. comm., arts. 344 e 348. Tudo quanto qualquer dos socios praticasse fóra do circulo da liquidação, correria por conta de sua exclusiva responsabilidade — Cod. comm. port., art. 121 § unico n. 1.

## 3º)

Respondido com a resposta ao 1º. O termo *ad diem*, actuando *ipso jure*, não precisa de ser communicado aos terceiros com quem a sociedade tem relações commerciaes. A publicação e registro do contracto

constitutivo da sociedade é a única obrigação a cumprir — Cod. comm. do Mexico, art. 136, e autores acima citados.

4º

Também já ficou respondido longamente.

5º)

Do que ficou expendido, resulta logicamente que, levantado o balanço na época da expiração do termo, e, portanto, da dissolução da sociedade, só por este balanço é responsável o commanditario, e contra o socio adquiriu o direito de demandar judicialmente a quota de lucros ou de rateio, que lhe tocar.

6º

Respondido com as respostas anteriores.

Tal é o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 19 de Outubro de 1897*

## LV

— Do foro *continentioe causarum*. Elementos característicos.

— As acções promovidas contra os socios de uma sociedade em commandita para fazerem bom o capital, estão presas pela *continentia causarum*.

— Os socios em commandita que, tendo realizado metade do capital, se obrigaram a fazer a outra metade com os lucros da sociedade, não são obrigados a perfazer o capital si a sociedade não deu lucros.

## Consulta

No contracto de certa sociedade em commandita se estipulou que o capital de cada commanditario fosse de cem contos de réis “que

seriam realizados até cinquenta por cento, devendo os outros cinquenta por cento ser realizados com a metade dos lucros que tocassem annualmente a cada um dos socios”.

Nos dous primeiros annos houve lucros, que os socios solidarios e gerentes não distribuiram pelos commanditarios, nem levaram, em metade á conta do capital d’elles, na fórmula do contracto.

Posteriormente teve a sociedade de pedir moratoria e falliu.

Sendo insufficiente o activo para solução do passivo social, a massa fallida propoz acção separadamente contra cada um dos commanditarios para que pagasse cinquenta contos de réis, restante do capital subscripto.

Isto posto, se me pergunta:

/

Deviam ser todos os commanditarios demandados em um só feito, pela regra *continentioe causarum*?

Si deviam, são nullas as acções propostas?

E mais se me pergunta — tendo em grande ponderação, devida com tanto maior cuidado quanto é certo que são dos melhores jurisconsultos os seus signatarios, os inclusos pareceres dos Cons. Visconde de Ouro-Preto, Ferreira Vianna, Lafayette e Ruy Barbosa — :

//

Si os commanditarios estão effectivamente obrigados á prestação pedida.

\_\_\_\_\_

Tendo tudo bem visto e ponderado,

## Respondo

A *continentioe* causarum tem lugar:

- a) quando ha litisconsortes — *connexão subjectiva*, ou
- b) quando, independentemente de haver litisconsortes, tão intimamente as causas se ligam entre si, que o julgamento de uma importa o da outra — *connexão objectiva*.

Na *hypothesi* serão litisconsortes os *commanditarios accionados*?

O *consorcio da lide* tem lugar passivamente:

- a) quando entre os réos ha *communhão de interesses* com relação ao objecto do litigio, ou
- b) quando a pretendida obrigação tem o mesmo fundamento de facto ou de direito, ou finalmente
- c) quando o litigio tem por objecto obrigações da mesma natureza e analogo fundamento de facto ou de direito — Vj. a nossa *Theoria do Proc. civ. e comm.* §§ 42 e 54.

Ora, da simples exposição dos factos resulta, incontestavelmente:

- a) Que um só e identico é o interesse dos *commanditarios*: cada qual se liberar do pretendido pagamento de cincoenta contos de réis, de cada qual pedidos a titulo de *perfazimento do capital* que se diz *subscripto*.
- b) Que a pretendida obrigação de cada qual d'elles tem um só e identico fundamento de facto e de direito: o *contracto social*, que a todos simultaneamente prende em um só todo de direitos e obrigações.
- c) Que, e por via de consequencia, todas as acções propostas pela massa fallida contra elles têm analogo fundamento de facto e de

direito: o referido contracto; e por objecto, obrigações da mesma natureza: a supposta conclusão do capital social.

Mas si, como se vê, o consorcio na lide assim tão intimamente liga entre si as causas que contra cada qual dos obrigados poderiam separadamente ser propostas si elles não fossem co-obrigados, de modo que a decisão de uma prejudgaria a outra ou outras, a conclusão é que, havendo litisconsortes, não está no arbitrio do credor a escolha entre dividir ou reunir as causas.

Não é licito levar a mesma lide perante juizes diversos; desde que um é requerido, fica exclusivo julgador da causa. *Ubi acceptum semel judicium, ibi et finem accipere debet. — Non debet mutare judicium, id est causam coram uno judice captam, trahere et prosequi coram alio judice —* CASTELLARI ao § 750 das *Pandectas* de GLUCK.

Esta regra, originadora do fôro da prevenção tambem domina a doutrina da continencia, por isso que, tendo aquelle por motivo politico a necessidade de não se provocar duas sentenças sobre a mesma pretensão, motivo identico obsta que se divida, mesmo perante um só juizo, causas subjectiva ou objectivamente connexas. A regra *bis de eadem re non sit actio* não procede sómente na doutrina da *coisa julgada*, sinão tambem na da prevenção e na da continencia. Tal é a lição do senso juridico posta em evidencia por WINDSCHEID, *L'act. du D. C. R.*; PEDRO BARBOSA, *de Jur.*; COGLIOLO, *Cosa Giud.*, e outros citados por CASTELLARI.

Portanto, parallelamente áquellas, correm est'outras regras: *Continentia causoe non debet dividi coram diversis judicibus. — In connexis idem est judicium* — regras que, vindas do direito romano, se acclimaram no canonico (cap. I. *De aus. poss. et propr.*, II, 12, cap. 1º, X *De sequest. poss. et fruct.*, e cap. 21 X *De jud.* II, I) e o nosso direito promulgou — Reg. n. 737 de 1850, art. 61.

Nem ha como contestar que sejam ellas de ordem publica, como é quanta regra concernente á organização judiciaria e ás fórmãs do direito processual. Parte do direito publico interno (Vj. nossa *Theoria*, § 6º), não póde ser alterada pela vontade privada.

Logo, e em conclusão, penso que nullos são os processos intentados separadamente contra os commanditarios, evidentemente litisconsortes.

### Observação

Não se objecte com a circumstancia de terem sido as acções propostas perante o mesmo juizo.

Em primeiro lugar porque, entre as diversas accepções do vocabulo *judicium*, prevalece a que lhe dá como equipollente o outro vocabulo *instancia* ou *juizo* no sentido formal, isto é, no de fôro *da causa*, o que é o mesmo que *discussão e decisão do pleito*. Si é certo que *judicium* significa *exercitium jurisdictionis*, tambem, e mais technicamente (GLUCK, *ad Pand.*, § 495) significa *examinatio causoe privatoe, sententia judicialis, actio*: em synthese, o proprio feito. D'aqui a regra: *ubi acceptum est semel judicium ibi et finem accipere debet* — fr. 30 *De jud.* (V. 1) Nossa *Theoria*, 2º vol. § 78.

Tanto assim é, que pullulam no Dig. exemplos desta unificação de feitos ou actos. Assim no fr. 1º *De quib. reb. ad eund. jud. eatur* (XI, 2), Pomponio dá ao vocabulo *judicem* aquella significação. Nos juizos divisorios (*fam. oercisc, comm. divid., fin regund.*) si o direito se exerce *inter plures, eundem judicem sumendum*, isto é, se ajuiza na mesma causa. Ninguém ainda se lembrou de parcellar o pedido de divisão por tantas causas quantos forem os co-herdeiros, socios, ou vizinhos.

Mais adequado ainda é o fr. 52 § 14 *pro socio* (XVII, 2): *Si plures sint inter eosdem societates coitoe, ad omnes societates sufficere*

*hoc unum judicium constat.* Ora, si uma só sentença (*judicium, scil. sententia judicialis* — fr. 18 de *jud.* II, 1) deve resolver os litígios entre os mesmos socios, posto que de varias sociedades, *a fortiori* quando a sociedade é uma só.

Em segundo lugar, nada mais concebível do que a possibilidade de haver sentenças contradictorias, mesmo sendo um só o juiz, uma vez que ha varios autos. Basta perguntar: si esse juiz, depois de julgar uma, duas, ou tres daquellas causas, morre, é removido, sóbe na hierarchia judiciaria, ou modifica por estudos novos a primeira opinião? Nos tres primeiros casos, estará o successor obrigado a seguir a opinião daquelle juiz? no quarto, estará este juiz impedido de mudar de parecer? Ninguém dirá que sim. Mesmo concedendo que as causas sejam conformemente julgadas, não desaparece o vicio inicial que as fulmina de nullidade insanavel, porquanto, subindo por appellação ao tribunal de justiça, não ha como affirmar que ali sejam uniformemente resolvidas: a) podem tocar a turmas diversas; b) entre o julgamento de uma e outras, pode se modificar o pessoal do juizo; c) póde ser alterada a composição do tribunal, etc, etc.

Demais a regra da continencia, que é de ordem publica, não seria regra si estivesse á mercê destas cogitações accidentaes.

//

Sou positivamente pela negativa:

Os commanditarios não estão obrigados a fazer nova entrada de cincoenta contos de réis cada um, precisamente porque outra coisa foi estipulada no contracto, que é a lei da sociedade, e pelo registro se tornou conhecida dos terceiros para o effeito de não dar a estes mais direitos além dos restrictamente nella conteúdos ou della decorrentes.

Eis os argumentos que se me afiguram habéis para fundamentar aquella conclusão.

1º

Si conhecer os contractos *non est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*, tambem é certo que, quando a força e poder da estipulação decorrem lexicologicamente das proprias palavras empregadas, basta ao interprete attender a essas mesmas palavras para affirmar qual é o verdadeiro conteúdo no acto interpretando. Eis porque está assentado, nos tratados de hermeneutica juridica, como *matter of course*, no dizer de MAXWELL, *On the interpretation of Statutes*, e assim ensinam MAILHER DE CHASSAT, SAKEDO, THIBAUT e outros especialistas, que da combinação destas duas regras — *In stipulationibus verba ex quibus obligatio oritur inspicienda sunt* — *Quum in verbis nulla ambiguitas est, non est admittenda voluntatis quæstio* — decorrem os principios cardinaes da interpretação das leis ou dos contractos.

Analysemos, abertos os lexicons, o estipulado no art. 2º § 1º do contracto em questão:

“Do capital commanditario serão realizados até 50%, devendo os 50% restantes ser realizados com a metade dos lucros que tocarem annualmente a cada um dos socios.”

Nada mais claro; tão claro, que talvez bastasse, para a inteira construcção convencional do artigo, sublinhar os vocabulos *até* e *com*.

Realizar, isto é, *fazer effectivo e real*, *ATÉ cincoenta por cento*, isto é, *NÃO MAIS OU NÃO ALÉM de cincoenta por cento*.

Eis ahi o conteúdo na primeira obrigação concernente á formação do capital, scil., do capital de cem contos de réis que cada commanditario subscreveu, só metade seria realizada em dinheiro de prompto. Obrigação pura, de existencia contemporanea e objecto actual.



*Devendo os cincoenta por cento restantes ser realizados*, isto é, ficando cada commanditario obrigado a fazer efectiva nova entrada de capital equivalente á primeira, *COM os lucros que annualmente lhe tocassem*, isto é, *QUANDO* ou *DEPOIS QUE* (*cum*, adv; Cic, quando, depois que) a sociedade dêsse lucros. Obrigação condicional, de existencia futura e incerta.

Tal é o sentido obvio das palavras do contracto no tocante ao ponto em litigio; e na lição de SAREDO, *Tratt. delle leggi*, P. I, sez. 2<sup>a</sup>, incivil é a interpretação que começa por se afastar do significado lexicologico e grammatical dos termos.

No applicar a lei (ou o contracto, está entendido) não é licito se lhe attribuir sentido differente daquelle que se manifesta pelo proprio significado das palavras, segundo a connexão em que estejam e pela clara intenção do legislador (ou das partes) — Cod. civ. austr., art. 6<sup>o</sup>.

Mas si admittissemos, só para argumentar, qualquer ambiguidade na redacção do contracto, nenhuma duvida ou discussão seria licito levantar sobre a affirmativa de que outra não podia ter sido a intenção dos commanditarios. Em primeiro lugar, não devemos esquecer a lição de CUJACIO sobre o *frag. 46 de hered. inst.* (XXIII, 2), que não basta a intenção si esta não resulta das proprias palavras do acto. E' deducção logica do *frag. 7 § 2 de supell. leg.* (XXXIII, 10): "Si a intenção precede ás palavras e é mais poderosa do que ellas, todavia não é de presumir que alguém diga alguma coisa sinão por meio das palavras de que se serviu."

Por esta razão é que, quando a disposição é tão obscura que impossivel se torna, por meio della, conhecer a vontade do testador, tem-se aquella por não escripta — fr. 73 § 3<sup>o</sup> *De reg. jur.* (L, 17). *Quoe in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint: perinde sunt, ac scripta non essent.*

Portanto, si o primeiro instrumento para a pesquisa da intenção está nas palavras, já vimos que, por estas, outra, sinão aquella, não podia ter sido a intenção dos commanditarios.

Em segundo lugar, é bem sabido que, *ad instar* do que está expresso ácerca de verbas testamentarias, deve o interprete, no precisar a *intentio* de qualquer contracto, recorrer a conjecturas ou presumpções. *In causa fideicommissi*, disse POMPONIO no celebre fr. 64 *De legatis* 2º (XXXI, 2), *utcumque precaria voluntas quoeretur, conjectura potuit admitti*. CUJACIO, FURGOLE, TROPLONG, CORREA TELLES, todos ensinam, sobre aquella fr., que aquella regra se estende á interpretação de qualquer instrumento; e isto é de maxima correcção.

Ora o primeiro elemento de qualquer conjectura ou presumpção é a verosimilhança, quer dizer, segundo BAIN e PESCATORE, tanto mais proximo da verdade se deve ter aquillo que simplesmente se conjectura ou provavelmente certo aquillo que se presume, quanto mais verosimil fôr, isto é, quanto mais tiver o ar de verdadeiro, ou fôr mais natural, isto é, mais frequentemente acontecido — *ex eo quod plerumque fit*.

Mas haverá quem ponha em duvida ser mais verosimil que a intenção dos commanditarios fosse aquella mesma que, como vimos, deriva da interpretação literal do contracto?

Não podiam elles deixar de saber, até porque é de lei e todo o mundo commercial o sabe, que a caracteristica differença entre commanditarios e commanditados é que só aquelles, e não estes ultimos, escapam da regra geral de direito, segundo a qual — quem se obriga, obriga todos os seus bens presentes e futuros, qualquer que seja a cifra da obrigação contrahida. E porque o sabiam, é que não quizeram ser socios commanditados mas commanditarios, com obrigação estrictamente limitada ao capital subscripto.

E a que se obrigaram?

Eis aqui:

a) A fazer a entrada immediata de cincoenta contos de réis; e porque effectivamente a realizaram, desembaraçaram das obrigações sociaes quaesquer bens que porventura então tinham ou viessem a ter.

b) A fazer nova entrada, igual á realizada, com a metade dos lucros que annualmente TOCASSEM a cada qual delles. Que *tocassem*, quer dizer, si porventura os houvesse, ou, como já dissemos, na lexicologia de CÍCERO, *quando* ou *depois* que a sociedade *désse* lucros.

Tal é a unica presumpção admissivel, por ser aquella que, como diria BARTHOLLO, é *collecta ex argumentis vel indicias per rerum circumstantias frequenter evenientibus*.

Pretender, portanto, que por aquelle contracto estão os commanditarios obrigados a responder por mais cincoenta contos de réis á custa de quaesquer bens que possuam, quando é certo que o que está escripto no contracto, e frequentemente acontece em tal especie de commandita, é que a segunda obrigação era toda condicional, por estar sujeita á eventualidade de lucros, e sómente nestes podia ser realizada, seria violentar as mais rudimentares regras da hermeneutica juridica.

A analyse grammatical e logica, que acaba de ser feita do art. 2º § 1º do contracto junto, deveria bastar para inteira elucidação do ponto consultado si a innegavel e justamente applaudida autoridade dos já citados Conselheiros não nos impuzesse o dever de proseguir.

2º

E sem que esta precedencia importe a idéa de superioridade de uns sobre os outros, tentemos desde já refutar o ponto essencial do parecer do *primus inter pares*.

Pensa o conselheiro Lafayette que a estipulação constante daquelle artigo do contracto, *não envolvendo uma condição da obrigação*, visa tão sómente o *modo* ou *fôrma* da realização do capital commanditario — e pois em nada influe na existencia da obrigação pelo capital subscripto.

Peza-nos dissentir do exímio jurisconsulto.

Já fizemos allusão a este ponto, e ora positivamente affirmamos nos parecer que naquella clausula não se contém um *modo* mas uma *condição*. Primeiramente, por tudo quanto já ficou dito; aliás, ficariam violadas a lexicologia e a intenção das partes. Depois, por outras lições incontrastaveis de direito.

*Que é condição?* Diz o mestre dos mestres — *é um acontecimento futuro e incerto de que depende a existencia de uma relação de direito* — SAVIGNY, *Dir. Rom.*, § CXVI. Esta nasce ou morre si ou quando se realiza a condição inicial ou final com que as partes restringiram a propria declaração. No primeiro caso a condição se diz *suspensiva*, isto é, a relação de direito não existe em quanto não se realiza o *acontecimento*; *resolutiva* no segundo, isto é, cessa a relação de direito logo que o acontecimento se consumma. Como se vê, a condição faz parte essencial do contracto ou acto.

Entretanto, o modo nunca é suspensivo (SAVIGNY, § CXXVIII): presuppõe existente a relação de direito cujo *exercício* regula. E' extranho á essencia do acto. — *Non sospende né resolve il vincolo contrattuale*, diz GIORGIO GIORGI (*Obbl.*, IV, n. 387), *ma costringe ed obbliga l'accettante ad effettuare l'onere impostogli*; e, está bem visto, como lhe foi imposto.

Tal é a doutrina corrente entre os melhores civilistas, como os citados SAVIGNY e GIORGI, UNGER, WINDSCHEID, PUCHTA, RUDORFF, LACERDA DE ALMEIDA e outros — Vj. o citado LACERDA, *Obr.*, § 34, nt. 1<sup>a</sup>.

Pois bem: não está escripto no contracto que nova entrada de capital commanditario seria realizada com os lucros que *tocassem* a cada um dos commanditarios? Pois a realização de lucros não é acontecimento futuro e incerto? Perguntar é responder. Supponhamos que a sociedade ainda funciona, e sem auferir lucros, não está todavia em condições de fallir, e que assim continua a viver indefinidamente. Quando seriam os commanditarios obrigados á nova entrada de capital? Nunca, e pela obvia razão de não se haver ainda realizado... o *modo*? não: a *condição*, isto é, a realização de lucros.

Mas, então porque a fallencia haveria de alterar as relações de direito firmadas no contracto social? Não; a fallencia não póde pretender mais do que tornar exigiveis as obrigações *existentes* — e a obrigação ora pretendida dos commanditarios não chegou a existir sinão em parte, porque tambem só em parte se verificou a condição suspensiva de sua completa existencia. Quero dizer: só pela metade dos lucros que lhes tocaram nos dois primeiros annos da sociedade é que estão elles obrigados por seus bens actuaes, visto que, como se allega, taes lucros não foram levados á conta do capital.

Eis o que se me afigura derivar da letra e do espirito do contracto e das lições do direito.

### 3º

Diz ainda o eximio autor do *Direito das Cousas* — “que nestas fórmas de sociedade o capital deve ser certo, porque é a garantia commum dos credores; um capital condicional seria *incerto*, e, portanto, em grande numero de casos illusorio”.

“Em vez de lucros, opina o emerito conselheiro Ferreira Vianna, a firma teve prejuizos, e assim ficou prejudicada a expectativa de completar o capital com lucros de sua natureza incertos. Sobreleva notar que obrigações não se solvem com esperanças irrealizaveis.”

Taes conceitos procederiam si porventura a lei positivamente prohibisse que o capital de qualquer sociedade fosse constituído em bens futuros, incertos, consistentes em expectativa, em uma palavra — aleatorios. Mas ao contrario, e o insigne conselheiro Ruy Barbosa assim confessa em seu parecer, a lei o permite — Cod. Com. art. 287 *in verb.*: *bens de qualquer sorte*.

E é a lição geral — A. VAVASSEUR ET J. VAVASSEUR, *Sociétés*, I vol, n. 77; DELANGLE, n. 60; TROPLONG, n. 108. — *La mise sociale*, diz este ultimo, *peut consister en une espérance, telle que chances futures* — *Société*, n. 109 — *Come si possono conferire in società, le cose presenti, si possono conferire anche le cose future* — VIDARI, n. 213. Coisas futuras, quer dizer, incertas, pois que coisa certa no futuro... só a morte.

Portanto, mesmo quando o capital commanditario subscripto não fosse representado na *certeza* e liquidez da primeira entrada, não valeria menos a commandita mesmo falhando por completo a expectativa de lucros, condição da segunda entrada.

Nem é caso de se dizer *que obrigações não se solvem com esperanças irrealizaveis*, pois o que ora se indaga é qual seja, respectivamente á formação do capital commanditario, o conteúdo no contracto. Si as esperanças de lucros eram então realizaveis, vale inteiramente a estipulação neste ponto, ainda que as esperanças tivessem falhado por completo, porque assentaram, como vimos, em coisa aleatoria. Eis ahi o motivo da lição de BESLAY, *Société*, n. 310, na qual se compendiam todas as regras a respeito do assumpto: “Or comment les principes généraux qui permettent à un associé de restreindre sa responsabilité à une certaine somme ne lui permettraient-ils pas s’affranchir, par une clause speciale, de la nécessité de verser cette somme même? Pourquoi ne pas soumettre le contract de société tout entier aux mêmes règles? Pourquoi admettre la liberté de restreindre l’engagement à

une certe somme, et refuser la liberté de diviser l'engagement en deux engagements — un **conditionnel** et l'autre ferme?"

O capital deve ser certo, não ha duvida; mas a que especie de certeza aqui se allude?

A' liquidez actual — dez, cem, mil? Não, mas simplesmente á *declaração, no contracto, dos fundos além dos quaes o commanditario não se obriga* — Cod. Com. art. 311.

Mas si esses fundos podem consistir méramente em esperanças futuras, *chances futures*, na phrase de TROPLONG, mesmo exclusivamente no credito — *anche il credito, cioè la buona fama mercantile*, no dizer de VIDARI, n. 210 — é evidente que a mais não será obrigado o commanditario a declarar no registro — e nisto consiste, para os terceiros e para a propria sociedade, a quota *certa* do commanditario, pura ou condicional. *Este es el rasgo caracteristico del socio commanditario — fija y limita lo que ha de perder.* — SEGOVIA ao art. 367 Cod. Com. argentino.

Na hypothese: cada commanditario só podia perder cincoenta contos de réis em dinheiro e outro tanto nos lucros sociaes. A primeira prestação, obrigação pura, foi realizada; a segunda, obrigação condicional, só o seria si houvesse lucros.

Tal é em synthese, a physionomia da questão.

#### 4º)

O eminente conselheiro Ruy Barbosa parece que se deixou impressionar das expressões do contracto: "Os socios commanditarios F... F..., os socios solidarios F... F... *entram com... tomam a si* um quinhão no valor de... os quinhões no valor de..."

Mas, depois de transcrever, com aquella seductora symetria que o seu grande engenho a tudo imprime, a disposição de diversos

codigos estrangeiros, igual á do art. 289 do nosso, a saber: que os socios devem entrar para o fundo social com as quotas e contingentes a que se obrigarem — o que é de direito intuitivo; depois de reconhecer, como vimos, que as coisas futuras, portanto incertas, podem ser objecto da contribuição dos associados, comprehendidas ellas na phrase *qualquer sorte de bens* do art. 287 — o que é de lição geral e indiscutivel, accrescenta, contradictoriamente, a nosso ver: “Mas consistindo taes bens apenas em uma *espectativa méramente aleatoria*, como seja o bom exito das operações sociaes, me **parece contestavel** que estejam no caso de constituir materia do capital de uma sociedade mercantil”.

E ainda depois deste conceito continente de duvida, conclue peremptoriamente pela obrigação ora pretendida dos commanditarios.

Sim; os socios de qualquer fôrma de sociedade devem realizar o capital a que se obrigaram; mas si as simples esperanças podem constituir capital, como é que parece contestavel que estejam no caso de constituir capital, como si o *simul esse et non esse posset esse*?

E as regras de direito universal acerca dos contractos aleatorios, os quaes valem posto que falhe uma das prestações? Pois a logica já não impõe levar os principios scientificos e todas as suas consequencias? Si uma só não o tolera, é que o principio é falso. Com o *risco* contam as partes estipulando aleatoriamente; com o *risco*, os credores que com ellas contractam. Na hypothese, a sociedade corria o risco da falta de lucros; os credores sabiam, pelo registro do contracto, que a segunda prestação do capital subscripto pendia da condição de haver lucros: que mais, para a inteira perfeição das relações de direito decorrentes de tal contracto?

O credor só póde pedir a coisa propriamente devida: á sociedade, portanto, ou aos credores, só cabia o direito á prestação dos lucros que houvessem sido realizados.



Mas como não houve lucros, e a não verificação fortuita da condição, tornando impossível a existencia da coisa promettida, libera completamente o devedor, segue-se que os commanditarios não estão obrigados ao pedido.

Esta é que é a lição invariavel do direito — VAN WETTER, *Cours de Dr. Rom.*, § 327, 2º vol. pag. 45.

5º)

Em um unico argumento fundamenta o conselheiro Visconde de Ouro-Preto o seu parecer, argumento que Ruy Barbosa reproduz em addendo.

A questão se resolve, diz o illustrado Visconde, em face do art. 74 do Dec. n. 917 de 24 de Outubro de 1890: "Os socios de responsabilidade limitada, deverão preencher as quotas com que se obrigaram a contribuir *quaesquer que sejam as disposições do contracto social*. Respondo, portanto — conclue S. Exc., sem coisa alguma accrescentar — pela affirmativa."

Em parecer, que tambem me foi presente, outro illustre Conselheiro, um dos mais profundos dos jurisconsultos patrios, Duarte de Azevedo, deriva precisamente daquelle art. 74 a sua resposta negativa.

*Ubi est veritas?*

Neste ultimo parecer, incontestavelmente.

*Deverão preencher as quotas com que se obrigaram a contribuir* — eis ahi o preceito fundamental, consequencia obvia dos mais remotos principios do direito philosophico. Quem se obriga deve cumprir a obrigação.

*Quaesquer — que sejam as disposições do contracto social* — eis a reiteratione frisantemente positiva daquelle mesmo preceito. Quer dizer: não valham as estipulações ou declarações tendentes a liberar o socio do implemento daquelle obrigação. Nada mais.

Exemplificando: não valeria a clausula que isentasse o commanditario pelas perdas sociaes, mesmo até a concurrencia do respectivo capital, pois nesta obrigação está a característica da commandita — A. VAVASSEUR et J. VAVASSEUR, n. 247.

Muito menos aquella que os dispensasse, como dizem LYON-CAEN ET RENAULT, *Des Societés*, n. 477, *ni en tout, ni en partie, d'effectuer leurs versements*.

Outra não póde ser a interpretação daquelle artigo, que absolutamente nao cogitou de crear direito novo, repugnante com o systema geral do direito.

Concluo, pois, e mais uma vez, pela negativa.

E' o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 27 de Março de 1900.*

Assim foi julgado — Vid. *O Direito*, 84, 603.

## LVI

— Pessoa juridica de natureza beneficente. Seus caracteristicos.

— Não o é uma *Caixa Economica para deposito, em conta corrente, de quantias destinadas a formação de capitaes, e fazendo operações de credito*.

— Nem é sociedade anonyma commercial.

— E' uma sociedade mercantil innominada.

## Pede-se:

Que, examinados os inclusos *Estatutos da Caixa Economica Particular de Ouro Preto*, se responda aos seguintes quesitos:

I. E' a *Caixa* uma pessoa juridica de caracter beneficente?

II. No caso negativo: Será uma sociedade anonyma? civil ou commercial?

### Resposta

/

As pessoas juridicas de natureza ou existencia contingente, isto é, aquellas que não existem sinão pela vontade de um ou mais individuos (Savigny, *Dr. rom.*, vol. 2º, pag. 236), entre si se discriminam pelo destino assignado ao respectivo patrimonio — Conticini, *Tratt. delle Persone*, § 44. Consoante tal criterio, ellas se dividem em corporações (*universitas*), fundações (*pioe causoe*), sociedades (*societates*), clubs (*sodalitates, sodalitia*), etc., etc.

Enquadradas nas fundações (*pioe causoe*), as pessoas juridicas de character beneficente têm o seu *substractum* caracteristico na assignação de certo fundo ao fim pio e benefico de obras de caridade, na instituição de legados e fideicommissos em favor de certa classe de necessitados, instituição personificada em qualquer collectividade, taes como os institutos orphanologicos (*orphanotrophia*), os hospicios dos pobres (*ptochotrophia*), dos doentes (*nosocomia*) dos velhos (*gerontocomia*), dos expostos (*brephotrophia*), as igrejas, os mosteiros, etc., etc. — Serafini, nt 2ª ao § 46 de Arndts, *Pandekten*. Ha sempre nestas pessoas qualquer linha que lhes dá o character de *utilidade publica* — Milone, *Le persone giuridiche*, § 17.

### Ora,

bastaria o art. 1º dos Estatutos da *Caixa Economica Particular de Ouro Preto* lhe assignar este fim: — *associação particular para DEPOSITO EM CONTA CORRENTE DE QUANTIAS DESTINADAS A FORMAÇÃO DE CAPITAES* — para lhe tirar, substancial e formalmente, o character de beneficente, si os arts. 3º (*accionistas*), 6º (distribuição *aos accionistas* dos lucros

semestraes), 7º (*in verbis: operações de credito*), e outros ainda, não estivessem purgando de qualquer duvida a negativa ao 1º quesito.

//

Mas não é uma sociedade anonyma commercial, não só por lhe faltarem varios dos elementos organicos de taes pessoas juridicas, como porque ha nos seus estatutos disposições incompatíveis com a natureza das sociedades anonymas.

Por exemplo:

A sociedade anonyma não pode se constituir sem a fixação de um capital por subscrição publica, nem entrar em funções sem o deposito previo da decima parte do mesmo capital.

Este ha de ser dividido em acções de quota certa, e portanto em numero determinado.

Os accionistas precisam ser primitivamente conhecidos para assignarem todos, previamente, os respectivos estatutos.

Só posteriormente podem ser outros, mediante transferencia nos livros da companhia e pagamento de sello proporcional ao valor das acções transferidas.

Ora, nada disso apparece nos estatutos de que se trata; e posto que o art. 3º chame accionista ao depositante de dinheiro, nada ha de commum entre este e o accionista das sociedades anonymas. A *conta corrente*, em que o capital é recebido, é coisa substancial e formalmente diversa da *acção*.

E como caracteristica differencial bastaria ver o art. 9º, segundo o qual pode o depositante retirar *ad libitum* as suas entradas, no todo ou em parte, ao passo que o capital das sociedades anonymas só pode ser reduzido mediante deliberação da assembléa geral dos accionistas.

///

Não sendo de nenhuma das duas indicadas na proposta, de que especie é a sociedade em questão?

E antes de tudo; é civil ou commercial?

---

Sendo as sociedades commerciaes as que têm por objecto actos de commercio, e actos de commercio os que tiverem por objecto e fim qualquer das operações comprehendidas na actividade propriamente mercantil, cuja essencia consiste na especulação por movimentos de mediação, parece, em vista do art. 7º dos *Estatutos* que a *Caixa* é uma sociedade commercial.

Na locução *operações de credito* — está latente a mais caracterizada das operações mercantis, tanto mais quanto em taes operações está a *essencia* de que falla o art. 287 do codigo Commercial: o depositante contribue com dinheiro para taes operações, e com risco, pois que, si os arts. 6º e 7º fallam de lucros ordiarios e extraordinarios, por isso mesmo presuppõem a eventualidade de perdas.

---

Mas qual a sua especie?

Não é nenhuma das enumeradas no nosso Codigo ou no Dec. n. 173 de 10 de Setembro de 1893, que aliás comprehende unicamente sociedades civis, nem das outras mais conhecidas, e que vêem indicadas no nosso estudo sobre as sociedades commerciaes, inserto n' *O Direito*, vol. 30º, pag. 481, n. 32.

Mas isso pouco importa, porque a lei não exclue outras possiveis modalidades das especies-typos (Cod. Com. art. 291). Qualquer que seja a

denominação que se lhe dê, é uma sociedade mercantil, e como tal sujeita ás formalidades geraes constitutivas das sociedades deste genero.

Portanto, emquanto não satisfizer as exigencias legaes, como registro dos estatutos na junta commercial (Cod. arts. 300 e 301), não tem a *Caixa* personalidade juridica, salvo sempre o disposto no art. 304 Cod. Com.

Assim parece.

## LVII

— As sociedades anonymas podem, por deliberação da assembléa geral dos accionistas, reduzir o capital.

### Pergunta-se:

Podem as sociedades anonymas, por deliberação da assembléa geral dos accionistas, reduzir o capital?

### Resposta

Em regra, ou como these absoluta, não se póde sustentar que seja licito ás sociedades anonymas reduzirem o capital, pois este é a garantia unica dos credores sociaes, e ao devedor nunca é licito reduzir a garantia do credor. Nem outro podia ser o intuito do art. 40 do Dec. de 4 de Julho de 1891 ao prescrever como regra — que é prohibido ás sociedades anonymas comprar e vender as proprias acções, e ao accentuar, quando dispõe que nessa prohibição não se comprehende a amortização das acções, que tal amortização só se possa fazer com fundos disponiveis e sem *offensa do capital*.

Todavia, tambem não póde ser absoluta a these contraria, pois casos ha em que nada obsta que se faça a reduccção.

Varios argumentos o demonstram.

1º) E' certo como se diz na proposta, que a assembléa geral dos accionistas é soberana; é, como se exprime Vidari (*Le Società Comm.* n. 469 e 513), o poder e orgam legislativo e administrativo da sociedade; portanto, lhe é lícito *alterar de qualquer maneira o contracto social ou os estatutos* — Dec. cit., art. 91. Ora, a cifra do capital faz parte organica do contracto social. Logo póde aquella assembléa alterar esta cifra, uma vez que não prejudique direitos actuaes dos credores seus.

2º) Na propria lei está latente este poder da assembléa geral dos accionistas; porquanto, si conforme o art. 152 do cit. Dec., no caso de perda da metade do capital social, devem os administradores *consultar* a assembléa geral sobre a conveniencia de liquidação antecipada, não declarando a lei que em tal caso a dissolução se dê *pleno jure*, mas, ao contrario, reconhecendo na assembléa geral o poder de deliberar sobre a conveniencia da dissolução, logicamente permite que a sociedade continue a viver não obstante a reducção do capital, pois ninguem contestará que a assembléa possa votar contra a liquidação antecipada.

3º) Na opinião dos escriptores encontra-se decidido apoio em favor deste parecer.

Assim o mais abalizado dos commercialistas contemporaneos, Vidari, obr. cit., n. 493, aponta no caso de *consideravel* perda do capital, uma destas quatro soluções: *o reintegrare il capital, o LIMITARLO ALLA SOMMA RESIDUA, O sciogliere la società, o far nessuna di queste cose e lasciar correre l'acqua per la sua china, avvenga che può.*

Bing, *La soc. anon. en dr. ital.*, cap. 3º, sect. 3ª, reconhecendo que a reducção do capital exerce sensível influencia sobre as garantias offerecidas aos credores, que a perda de uma parte do capital é muito mais grave para sociedades anonyms do que para outra qualquer especie de sociedade, porque uma sociedade anonyma cujas acções estão integradas não tem o direito de chamar novas entradas, e

seu capital é a garantia unica dos credores, não combate entretanto a faculdade concedida ás assembléas geraes de reduzirem o capital aos valores restantes.

Pirmez, o celebre relator da lei belga de 18 de Maio de 1873, assim se exprime:

*"La dissolution doit être censée stipulée dans le contrat pour le cas où les trois quarts du capital seraient perdus; il est juste, dès lors, de n'admettre la continuation des affaires sociales que si la majorité, qui peut modifier les statuts, le reclame".* Namur, 2º, p. 298.

Thöll, *Tratt. di Dir. Comm.*, trad. de Marghieri, § 160, considera a diminuição do capital como simples modificação dos estatutos, perfeitamente enquadrada nas attribuições da assembléa geral dos accionistas. Apenas pondera o eminente professor allemão que se não deve usar do termo *diminuição* mas sim *reducção*, assim como não é justa a expressão *augmento* de capital, mas sim *acrescimo*, pois que o capital sendo fixo, não se augrmenta nem diminue; pode sim receber o accrescimo de novas entradas ou reducção mediante distribuição parcial pelos accionistas.

E no mesmo sentido do parecer discorrem Rivarola, no direito argentino (*Explicacion y critica del nuevo Cod. de com. I, 421*), Walker, no americano (*American Law*, Boston, 1887, § 100), Salvador del Viso, no hespanhol (*Lecc. elementares de Derecho merc.*, p. 261).

4º) O auxilio da legislação comparada nos é decisivo.

Sem necessidade de referir os codigos que, como o hollandez, art. 47, estabelecendo a dissolução de pleno direito quando a perda do capital é de 75%, implicitamente admitem a continuação da sociedade quando menor a reducção, nem os que, como o belga, art. 72, o allemão, art. 47, o hungaro, art. 187, o Codigo Federal Suisso, art. 657, as leis genebrenses de 1864, art. 20, e de 1868/9, art. 21, etc., etc., deixam em todo o caso facultativa a dissolução ou a reducção, basta apontar, entre



outros, o Cod. Italiano, art. 146: *“Quando gli amministratori riconoscono che il capitale é diminuito di un terzo, devono convocare i soci per interrogarli se intendono di reiniegare il capitale o di limitarlo alla somma rimmanente o di sciogliere la società.*

*Allorchè la diminuzione giunga ai due terzi del capitale, lo scioglimento ha luogo di diritto, se i soci convocati in assembléa non deliberino di reintegrarlo o di limitarlo alla somma rimanente.*

*Quando la società si trovi in istato di fallimento, gli amministratori devono chiederne la dichiarazione al tribunale, secondo le disposizioni del libro terzo.”*

5º) Finalmente, o costume entre nós não é outro. Todos os dias vemos sociedades anonymas reduzirem o capital, já pela cessação de entradas ainda não chamadas, já pela redução do capital á somma a que este ficou reduzido pelas perdas liquidadas.

Portanto, e resumindo, á pergunta feita, tambem formulada quasi nos mesmos termos por Masi, *Consid. sulle soc. anon.*, pag. 172, respondemos, como o mesmo advogado italiano, afirmativamente.

---

Mas agora, encarando particularizadamente a especie da consulta, entendemos ser até do dever da Companhia modificar o seu estatuto, no sentido da proposta feita para redução do capital — dever que patentemente assenta em um sentimento de honestidade.

Nem se trata propriamente de reduzir o capital, pois que este nunca attingiu á cifra de mil e quatrocentos contos de reis; trata-se sim de fixal-o na somma verdadeira de sua composição real — o que é proceder do unico modo compativel com a seriedade mercantil. Pois si a lei considera fraudulenta a fallencia quando se dá simulação de valores no activo ou dissimulação de dividas no passivo — Dec. n. 916 de 24 de

Outubro de 1890, art. 79 c) — como haveria de proibir o acto contido na referida proposta?

Portanto, sendo a differença apenas de pouco mais de um quarto, de modo que basta o capital restante para alimentar a existencia da Companhia, devem os accionistas requerer a convocação de nova assembléa geral para a reiteração da proposta, e o que fôr resolvido por dois terços, obrigará a minoria dissidente, observadas as disposições dos arts. 131 e 132 do cit. Dec. 434 de 4 Julho de 1891.

S. M. J.

### LVIII

— Nullas são as resoluções das assembléas geraes de accionistas das sociedades anonymas tomadas fóra dos assumptos que explicitamente devem motivara respectiva convocação.

— O facto de vir uma proposta assignada pela maioria dos accionistas não pode dispensar a discussão e votação della pela assembléa reunida.

— A circumstancia de não poder uma sociedade anonyma, formada para varios fins, preencher um delles, não basta para acarretar a sua dissolução.

### Respondo:

Ao 1º negativamente.

Expressa é a lei em exigir que a *convocação extraordinaria da assembléa geral* das sociedades anonymas seja sempre motivada — Decreto n. 164 de 17 de Janeiro de 1890, art. 15 § 5º. E si o citado decreto não declara formalmente nullas as deliberações por ventura tomadas fóra do assumpta que motivou a convocação, assim procedeu sem duvida por entender, e bem, que aquella nullidade é consequencia logica dos principios geraes. Tal é a disposição explicita do novissimo Cod. Com. Port., art. 181 § unico:

“E’ nulla toda deliberação tomada sobre objecto extranho áquelle para que a assembléa geral houver sido convocada.”

— *Qualunque deliberazione presa sopra un ogetto non indicato nell’ ordine del giorno, é nulla.* — Cod. Com. italiano, artigo 155 ult. alin.

Por este código, a contravenção deste artigo importa multa até cem liras, art. 250 — Vid. Masi, *Considerazioni sulle società anonime*, pag. 180.

Na especie da consulta, nada mais contrario á convocação para reforma de estatutos e eleição de director do que tratar e resolver sobre a dissolução da sociedade. O antagonismo é palpavel.

Ao 2º negativamente, salvo disposição expressa dos estatutos em contrario. O facto de vir uma proposta assignada pela maioria dos accionistas, importará quando muito o seu apoio, como se costuma dizer na linguagem parlamentar; mas não pode dispensar a discussão e votação pela assembléa geral reunida. O que não fôr isto, não será correcto, por ser uma violencia contra a minoria.

Quantas vezes este ou aquelle accionista, melhor esclarecido pela discussão, vota afinal contra a proposta por elle proprio apoiada? Masi, op. cit., pag. 168.

Ao 3º convem distinguir. *Mostrando-se que é impossivel á sociedade anonyma preencher o fim social* será ella dissolvida—art. 17, 6º, do cit. decr. n. 164 de 1890. Portanto, si conforme á proposta, a sociedade organizou-se para varios fins; a impossibilidade de preencher um delles não basta para acarretar a dissolução da mesma sociedade, uma vez que a exploração dos demais baste para lhe alimentar a vida juridica. Masi, pag. 170.

Ao 4º prejudicado pela resposta ao 1º. Fóra do annuncio da convocação nada póde validamente resolver a assembléa geral extraordinaria.

Ao 5º responde negativamente e de modo categorico — o art. 15 § 9 do cit. Decreto n. 164. A petição em que se requer a convocação extraordinaria da assembléa geral *deve ser dirigida á administração da sociedade com declaração do motivo da mesma convocação.*

Portanto o quesito fica por si mesmo respondido, uma vez que o alludido requerimento nunca foi apresentado á directoria.

Assim penso.

*S. Paulo, 3 de Março de 1901.*

## LIX

— Licitas são as commissões auferidas pelos incorporadores das sociedades anonymas mesmo quando retiradas do capital subscripto.

— Contra pagamentos assim feitos não pode caber a *condictio indebiti*.

## Exposição

O Banco X foi encarregado de incorporar certa sociedade anonyma, e como compensação dos encargos da passagem das acções e da responsabilidade que assumia de ficar com a maior parte dellas, como de facto ficou, estipulou-se que o Banco incorporador perceberia a commissão de 300:000\$, *tirados do capital*, que era de 10.000:000\$000.

Para legalizar este ajuste, fechado entre o Banco e a primeira directoria, na assembléa geral da installação da tal sociedade *ficou a directoria unanimemente autorizada a satisfazer as despesas de incorporação e installação da Companhia.*

Fundado naquelle ajuste e autorizado por esta resolução da assembléa geral dos accionistas, o Banco incorporador, que tinha em seu cofre, em conta corrente, dinheiro da Companhia, cobrou-se da commissão ajustada, lançando, na referida conta corrente, a debito da Companhia, a somma de 300:000\$000.

Constando agora que a Companhia, por sua nova directoria actual, pretende repetir a commissão cobrada, allegando que esta é nulla, porque nunca do capital, sinão dos lucros liquidos, podia ser deduzida, pergunta-se:

1º) Procede simihante allegação? 2º) Quando proceda, é caso da *condictio indebiti*?

### Resposta

/

Quer nos parecer que a directoria actual da Companhia presume fundar a sua pretensão no art. 20 do Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, segundo o qual *é licito estabelecer-se em favor dos fundadores ou de terceiros, que hajam concorrida com serviços para a formação da Companhia, qualquer vantagem consistente em uma parte DOS LUCROS LIQUIDOS.*

Mas si a Companhia raciocina deste modo: que taes vantagens *só é licito* deduzir dos lucros liquidos, mas nunca do capital — visivelmente desacerta. Aquella locução da lei apenas visa um dos modos de se occorrer á satisfacção da mercê devida aos incorporadores pelo trabalho e responsabilidade da constituição da Companhia. Outro modo é precisamente aquelle que foi ajustado no caso da consulta, a saber — deduzir precipuamente do capital a importancia da commissão convencionada.

Varios argumentos suffragam inabalavelmente a these que vamos desenvolvidamente sustentar: — E' licito remunerar os incorporadores de companhias ou sociedades anonymas com vantagens deduzidas do capital.

### *1º argumento*

Providenciando sobre a organização das sociedades anonymas, o Dec. n. 1362 de 14 de Fevereiro de 1891 assim dispôz no art. 7º:

“Os fundadores ou incorporadores de sociedades anonymas, que auferirem vantagens, sob a forma de COMMISSÃO, A DEDUZIR DO CAPITAL, pagarão 5% do valor da commissão”.

Este preceito foi literalmente reproduzido no art. 10 do citado Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, que consolidou todas as disposições legislativas e regulamentares sobre as sociedades anonymas.

Agora escolhei: ou haveréis de injectar na hermeneutica juridica a morbifica phrase de Talleyrand — a palavra fez-se para disfarçar o pensamento — e então a jurisprudencia não passará do systema das mentiras judiciarias, ou convireis em que é licito remunerar os incorporadores das sociedades anonymas com vantagens deduzidas do capital. Pois haveria a lei de prescrever que o Fisco percebesse, de taes incorporadores, o imposto de tanto do valor da commissão que elles auferissem *deduzida do capital*, e ao mesmo tempo prohibir que taes commissões pudessem ser deduzidas do capital?

Não pode ser. *Interpretatio illa sumenda, quoe absurdum evitetur.*

### *2º argumento*

O estudo historico da lei presta irreductivel apoio á doutrina que estamos sustentando.

Dando systema ao modo da criação e funcionamento de companhias ou sociedades anonymas, até então imperfeitamente

reguladas pela L. n. 1083 de 1860 e as mingoadas disposições do código commercial, dispoz a L. n. 3150 de 4 de Novembro de 1882 (art. 3º § 3º):

*“E’ licito, depois de constituida a sociedade, estabelecer-se em favor dos fundadores ou de terceiros que hajam concorrido com serviços para a formação da companhia, qualquer vantagem consistente em uma parte dos lucros liquidos”.*

E nem uma palavra sobre vantagens estipuladas antes da constituição da sociedade ou deductiveis do capital social.

Regulamentando aquella Lei, o Dec. n. 8821 de 30 de Dezembro do mesmo anno (art. 9º § unico, alin.) apenas accrescentou, á transcripta disposição, a seguinte regra de direito:

*“Esta vantagem só póde ser concedida por deliberação da assembléa geral.”*

Com a nossa transformação politica de 15 de Novembro de 1889, veio o Dec. n. 164 de 17 de Janeiro de 1890, expedido pelo governo provisorio da nação, em cujo poder se enfeixavam attribuições legislativas, reformar a L. n. 3150 de 1882, a qual, entretanto, nenhuma alteração soffreu no ponto ora sujeito á discussão, como se vê do art. 3º § 3º do cit. Dec.

Mas, com o advento da Republica, que incontestavelmente abriu mais largas expansões á actividade individual, surgiu febrilmente a gananciosa avidez de fazer fortuna rapida por meio da mais desenfreada agiotagem de que ha memoria nas chronicas bolsistas. O jogo veio correr parêlha com a febre amarella — então as duas pestes nacionaes.

Pois bem: foi nessa epoca que o ministro da fazenda do governo provisorio, apresentando á assignatura do chefe o Dec. n. 1362 de 14 de Fevereiro de 1891, fel-o preceder de bem lançada exposição de motivos, da qual vamos destacar alguns periodos, decisivos na questão que nos occupa:

“... deve o governo reprimir, quanto possível, os abusos que podem advir e que de facto ha em muitas destas transacções, com manifesto prejuizo da riqueza publica e particular.

Entre estes abusos, o mais reprehensivel é o que commummente se verifica no modo porque se incorporam a maior parte das companhias.

Publica-se um prospecto attrahente, mas conciso, omittindo-se cautelosamente *a importancia da commissão e outras despesas em vantagem dos fundadores ou incorporadores*, ORDINARIAMENTE TIRADAS DA TOTALIDADE DO CAPITAL SUBSCRIPTO, importando ás vezes em centenas ou milhares de contos de réis, conforme o valor nominal das subscripções.

Estas ligeiras considerações bastam para demonstrar a necessidade de acautelar a desidia de incautos e temerarios subscriptores de acções e reprimir um dos maiores abusos praticados na organização das companhias”.

Deste trecho se conclue patente:

a) Que, não obstante a legislação anterior, a qual não autorizava explicitamente que a commissão dos incorporadores se deduzisse do capital social, assim ordinariamente se praticava;

b) Que aos olhos do governo essa pratica mercantil constituia o mais reprehensivel dos abusos, de urgente repressão.

Ora, que providencia aquelle Decreto consignou contra similhante mal, *corruptor da fortuna publica e particular*? Por ventura dispôz que SÓMENTE dos lucros liquidos se tirassem taes commissões? Determinou por acaso que fossem nullos os ajustes em contrario? Qual foi o espirito dominador da nova lei?

O classico Mailher de Chassat, no seu utilíssimo mas infelizmente pouco consultado livro *Traité de l'interpretation des lois*, pag. 87, synthetizando, em dous versos latinos, as boas regras da hermeneutica juridica, dá culminancia á que manda examinar o espirito geral da disposição interpretanda.



Na *objicio* da lei assenta inteiro o methodo de uma legislação, assim repete Thibaut.

Pois bem: o Dec. de 14 de Fevereiro, inspirando-se *no dever de reprimir, quanto possivel, o mais reprehensivel dos abusos, qual o que commummente se verificava no modo porque se incorporavam a maior parte das companhias, omittindo-se cautelosamente a importancia das commissões auferidas pelos incorporadores*, ORDINARIAMENTE TIRADAS DA TOTALIDADE DO CAPITAL SUBSCRIPTO, longe de firmar qualquer preceito prohibitivo desta pratica, reconhecendo aliás a legitimidade daquella deducção do capital, ordinariamente praticada, explicitamente formulou-a como regra em seu art. 7º. Creando a regra legislativamente, não fez mais do que reduzir á fôma escripta o direito que até então o costume observava. O mal não estava no deduzir do capital subscripto a importancia da comissão dos incorporadores, sinão no abuso de se occultar dos subscriptores a cifra de tal comissão. E então o Decreto, sancionando o costume, que incontestavelmente se firmava na liberdade dos contractos, creou a regra que lhe pareceu apta a evitar a reproducção do alludido abuso.

E assim dispôz:

Art. 7º Os fundadores ou incorporadores de sociedades anonymas, que auferirem vantagens, sob fôrma de comissão *a deduzir do capital*, pagarão 5% do valor da comissão.

Art. 8º Este pagamento se fará no Thesouro Nacional, com guia dos incorporadores e o registro na Junta Commercial só se fará depois de realizado tal pagamento.

Eis ahi: fechava-se de vez a porta á possibilidade de se occultar dos subscriptores a importancia da comissão ajustada com os incorporadores, e desde então esta se tornava perfeitamente legitima, e por sua assignatura ficava juridicamente obrigado o subscriptor a concorrer ao respectivo pagamento.

Ficou assim soberanamente sancionada a pratica (independente da consignada no cit. art. 3º § 3º da primitiva L. n. 3150 de 1882, reproduzida no art. 3º § 3º do Decreto de 17 de Janeiro de 1890, e depois no art. 20 do actual Decreto de Julho, isto é, estabelecer-se, depois de constituida a sociedade, em favor dos fundadores, qualquer vantagem consistente em uma parte dos lucros liquidos) de ajustar-se com os incorporadores, antes mesmo de constituida a sociedade, mas com inteira publicidade, para conhecimento dos subscriptores, qualquer vantagem deductivel do capital social subscripto. E o proprio governo directamente suffragou tal pratica, como se vê do seguinte trecho das *Razões de appellação*, do eminentissimo Dr. Ruy Barbosa, na *Questão Chopim*, (vid. Jornal do Commercio de 8 de Agosto de 1892, pag. 2ª, col. 4ª):

“Factos solemnes da nossa historia administrativa mostram que o governo tem reconhecido varias vezes, com a sua sancção formal, essa contribuição do capital das empresas a beneficio de seus organizadores.

Citaremos alguns.

No orçamento da via-ferrea de Bagé a Cacequi, organizado pelo engenheiro fiscal e acceito pelo governo, figura, para a *organização da Companhia*, a verba de 10% — 813:254\$314.

No da estrada de ferro de Cacequi á Uruguayna se destacam em beneficio da empresa, *organização da Companhia* e serviço das finanças 10% 1.188:582\$765.

No da estrada de ferro de Guarahim a Itaqui, se consignam a *beneficio da organização da Companhia*, etc. etc.” 10% — 541:953\$742.<sup>1</sup>

Passa-se quasi meio anno do Dec. de 14 de Fevereiro, e foi precisamente nessa epoca que mais alto subiu a febre da organização das companhias. Era excitante vêr no Thesouro Nacional como se amontoavam as guias de que falla o art. 8º! o dinheiro rodava com a facil profusão das prodigalidades rôtas. Balthasar dava festins na Bolsa. E tão

---

<sup>1</sup> CYRO PESSOA, *Estudo descriptivo das estradas de ferro do Brazil*, pags. 469, 472, 481.

desordenadas como as especulações do *ensilhamento*, andavam, desannexadas e dispersas, as nossas leis sobre sociedades anonymas.

Foi então que o governo expediu o Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, *consolidando todas as disposições legislativas e regulamentares então em vigor sobre aquelle assumpto.*

Eis aqui os dous primeiros periodos da respectiva *exposição de motivos*, primordial fonte de sua interpretação:

“As sociedades anonymas vão tendo entre nós grande desenvolvimento, e devem concorrer efficazmente para a prosperidade das industrias e economia social, congregando capitaes dispersos, que de por si não poderiam realizar empreendimentos da maior monta; convem, pois, que as prescripções legaes que as regulam sejam perfeitamente comprehendidas, já pelos cidadãos que necessitam conhecê-las para procederem com a noção clara das obrigações que contraem, já pelas auctoridades a quem incumbe resolver as questões que se levantam na applicação dessas regras.

No entretanto, essas prescripções acham-se disseminadas em diversos actos auctoritarios, que as alteram e modificam, resultando dahi difficuldade de discriminar, com promptidão, qual o estado actual da lei vigente.”

E finalmente:

“A presente consolidação sobre o anonymato contem com exactidão os preceitos vigentes sem innovar o direito estabelecido.”

Eis ahi mais: é preciso, diz o governo, que as prescripções legaes que regulam o anonymato sejam conhecidas dos cidadãos, para que estes procedam com a noção clara das obrigações que contraem; e porque taes prescripções andam disseminadas de modo a ser difficil o exacto conhecimento da lei vigente, expede a completa consolidação das mesmas prescripções.

Pois bem: lá está no Dec. de 4 de Julho que é o direito em vigor sobre o assumpto, o já transcripto art. 3º § 3º, explicitamente

autorizando que se ajuste, com os incorporadores das sociedades anonymas, o pagamento de comissão deduzida do capital subscripto.

Quem sustentar o contrario, rasgará abertamente a lei; será puramente um teimoso, que diz porque quer, não argumentador sincero, que só póde pensar segundo as imposições irremoviveis da logica.

### *3º argumento*

E a logica nos vai ainda fornecer o terceiro argumento.

Como vimos da exposição de motivos do Dec. de 14 de Fevereiro de 1891, *o mais reprehensivel dos abusos, que urgia reprimir na constituição das sociedades anonymas, consistia no modo porque ellas se incorporavam relativamente ás commissões auferidas pelos fundadores, ordinariamente deduzidas do capital, importando ás vezes em centenaes ou milhares de contos de reis.*

Será a presente ponderação original do mesmo legislador? seria aquella pratica indigena nossa?

Em seu *Repertorio de Jurisprudencia Geral*, vº Societé, nº 1189, assim se exprimia o famoso Dalloz, em epoca anterior á lei franceza de 24 de Julho de 1867, organica das sociedades anonymas:

"A enormidade das vantagens ordinariamente estipuladas em proveito dos fundadores contava-se entre os abusos mais perigosos e ao mesmo tempo mais frequentes a que se fazia preciso dar remedio; pois taes estipulações tinham como resultado absorver em grande parte o capital social."

No direito belga era esse mesmo o modo de considerar o assumpto — Namur, *Cod. Com. Belge*, II, 968, D.

Em seu esplendido estudo de legislação comparada — *La société anonyme en droit italien*, pag. 104 — assim se exprime Felix Bing:

“A enormidade das vantagens particulares estipuladas por certos fundadores em seu proprio favor, é um dos mais graves abusos de que padecem as sociedades anonymas. Tambem, a maior parte dos legisladores recentes olham para elles com desconfiança e se esforçam por circumscrever pelo menos taes abusos, que não podem impedir inteiramente. A questão tornou-se encandecente nos paizes em que se supprimiu a autorização governamental, por tornar-se então necessario achar outro meio de impedir que os fundadores onerem as sociedades, pelo tempo de sua duração, de pezados encargos.”

E no mais afinado unisono com estes conceitos se pronunciam os melhores monographistas — Pirmez e Guillery, na Belgica, Vavasseur e Lyon-Caen, na França, Calamandrei e Vidari, na Italia, Elsner, na Allemanha, Hintze Ribeiro, em Portugal, Rossel, na Suissa, etc., etc.

Pois bem: em todos estes paizes já haviam os legisladores providò de remedio os abusos, assim tão francamente denunciados, quando appareceu o nosso citado Dec. de 14 de Fevereiro de 1891.

Na França, pela lei de 24 de Julho de 1867, arts. 4 e 24 combinados, estava prescripto que, quando algum incorporador ou accionista estipulasse em seu favor qualquer vantagem particular, a primeira assembléa geral apreciase a causa de tal vantagem, e só depois de approvada tal estipulação se considerasse constituida a sociedade ou companhia.

Na Belgica, já havia a lei de 18 de Maio de 1873 estatuido, no art. 31, que o acto constitutivo da sociedade, previamente publicado a titulo de projecto sujeito á subscrição dos accionistas, devia indicar: 4º *As vantagens particulares attribuidas aos fundadores*; e no art. 38 esta mesma indicação é prescripta para as acções.

Na Suissa, exigia o art. 619 do *Codigo federal das Obrigações de 1881*, que qualquer vantagem particular estipulada em proveito de quem participasse da fundação da companhia fosse determinada nos estatutos e approvada pela assembléa constituinte, mediante certa maioria.

Na Alemanha, assim dispunha a lei de 18 de Julho de 1884, art. 209, b: "Todas as vantagens expressamente estipuladas em favor de certos accionistas devem ser especificadas, no contracto social, mencionando-se os respectivos interessados. Independentemente destas estipulações devem ficar declaradas no contracto ou acto constitutivo da sociedade todas as concessões feitas a accionistas ou terceiros a titulo de indemnização ou premio de incorporação ou dos trabalhos preliminares que houverem feito."<sup>1</sup>

O novo Codigo de commercio da Italia já em 1865 prescrevia no art. 127. "Na constituição da sociedade *não podem* os fundadores reservar em seu proveito nenhum premio, agio ou beneficio particular representado por uma fórmula qualquer de deducção do capital, acções ou obrigações de favor, nem conferir commissões em favor de quem tivesse garantido ou assumido a collocação das acções.

#### QUALQUER PACTO EM CONTRARIO É NULLO.

Podem, porém, os fundadores se reservar uma participação, não excedente de um decimo, nos lucros liquidados da sociedade durante um ou mais exercicios, comtanto que estes não ultrapassem o terço da duração da sociedade, e em caso algum excedam de cinco annos de exercicio; mas não podem estipular que o pagamento se faça antes da aprovação do balanço."

Art. 130 ult. alin.: "A reserva de participação nos lucros liquidados da sociedade, permittida no art. 127 em favor dos fundadores, posto que aceita pelos subscriptores, não tem effeito si não é aprovada pela assembléa geral de installação."

---

<sup>1</sup> Art. 209 b: *Jeder zu Gunsten einzelner Aktionäre bedungene besonderen Vortheil muss in dem Gesellschaftsvertrage unter Bezeichnung des Berechtigten festgesetzt werden. — Von diesen Festsetzungen gesondert ist der Gesamtaufwand, welcher an Aktionäre oder Andere als Entschädigung oder Belohnung für die Gründung oder deren Vorbereitung gewährt wird, in dem Gesellschaftsvertrage festzusetzen.*

Em Portugal, a lei de 22 de Junho de 1867, substitutiva da secção I do titulo XII do antigo Codigo do commercio exigia, no § unico do art. 6º, que, quando se estipulassem vantagens especiaes a favor de alguns dos associados, se fizesse expressa menção nos estatutos; veio o novo Codigo de 26 de Junho de 1888, no nosso humilde entender, verdadeiro monumento legislativo, e reflectindo o direito italiano, assim dispôz, no art. 164 § 3º: “E’ absolutamente prohibido reservar acções ou obrigações beneficiarias, sendo só permittido aos fundadores reservarem uma percentagem não superior a um decimo dos lucros liquidos da sociedade, por tempo não excedente a um terço do periodo da duração social, e nunca superior a dez annos, a qual nunca será paga sem se achar approvedo o balanço annual.”

*Eis ahi:*

laborando diante da legislação de seis dos mais adiantados paizes da Europa, quasi copiando, na exposição de motivos, as considerações dos melhores commentadores estrangeiros, o nosso legislador devia ter meditado sobre os varios systemas então em vigor. Consequentemente, tudo quanto, das leis estrangeiras não figura na nossa, não foi por esta intencionalmente adoptado. *Unius inclusio, alterius exclusio*. Adoptou o systema francez? logo, repelliu o belga, o suiso, o allemão; adoptou este ultimo? logo, não quiz o italiano e o portuguez. Si não adoptou nenhum, incivil será pedir subsidio a qualquer delles; e o que estes adoptaram será aliás precisamente o inverso do que o nosso legislador estatuiu.

Este raciocinio é invulneravel.

Pois bem: o Dec. 14 de Fevereiro não adoptou nenhum daquelles systemas.

Não o francez — porque não faz depender da approvação, pela primeira assembléa geral, das vantagens estipuladas em favor dos incorporadores, a propria constituição da sociedade ou companhia.

Não o belga, suíço ou alemão — porque não exige que tais vantagens sejam prévias e explicitamente insertas nos estatutos ou acto constitutivo da companhia, contentando-se com a providência do já transcripto art. 8º.

Teria seguido o italiano e português? Mas lêr os já transcriptos arts. 127 e 130 do código do commercio da Italia, e 164 § 3º do de Portugal e tirar a negativa, é conclusão fatal. Onde, na nossa lei expressão qualquer que equivalha á do Código italiano; *non possono — i promotori non possono riservare a loro profito alcun premio, aggio o beneficio particolare rappresentato in qualsiasi forma da prelevamenti*, etc.? Onde coisa que se pareça com esta prescrição, clara como o sol, positiva como uma resolução mathematica. — *Ogni patto contrario é nullo?* Onde o mais leve vestígio daquelle. *E' assolutamente proibido* e mais daquelle adverbio só, do código português?

O systema de nossa lei está inteiro na combinação dos arts. 10 e 20 do Dec. 434 de 4 de Julho de 1891, ora em vigor. Para se conseguir a constituição e installação de uma sociedade anonyma, podem os fundadores ou incorporadores ajustar e receber uma commissão a deduzir do capital, sem limitação do *quantum*; constituida a sociedade, é lícito estabelecer em favor delles qualquer vantagem consistente em uma parte dos lucros líquidos, também sem limitação de quota ou de tempo, apenas dependente de deliberação da assembléa geral dos accionistas.

As conclusões logicas são inabalaveis.

#### 4º argumento

A moral ou honestidade mercantil se opporá á nossa conclusão?

A negativa é sufragada por quantos escriptores consultámos.

“Constituir uma sociedade commercial, diz o eminente Vidari (*Delle società commerciali*, n. 399), é acto eminentemente de



especulação, seja proxima ou remota; e gratuidade e especulação são coisas que reciprocamente se excluem.” Tal é a lei fundamental do commercio, lei de todos os povos e de todos os tempos — a lei physiologica da economia universal.

Parallelamente corre em todos os espiritos este conceito invulneravel: que nas sociedades anonymas teem os estados a mais poderosa fonte de riqueza, e, portanto, de prosperidade. Bellissima é a este respeito a phrase do famoso Persil, na exposição de motivos da lei franceza de 30 de Maio — 11 de Junho de 1857 ( Dalloz, 1857, IV, 76): “As sociedades anonymas actuam sobre os mais importantes interesses do commercio e da industria, se multiplicam e cruzam em todos os sentidos; e exacto é dizer, que sem esta fôrma de associação, a maior parte das admiraveis coisas, que nós testemunhamos, faltariam á civilização.”

Mas então aquella lei physiologica mercantil applicada a este reiteradissimo phenomeno sociologico, que em 1890 e 1891 chegou entre nós a tomar as proporções de verdadeiro successo nacional — a formação de companhias ou sociedades anonymas — deve ter a mais intensa accentuação. Paraphraseando Brancaccio (*Dello stato di commerciante*, sez. II), diremos que a onerosidade dos serviços prestados pelos promotores da organização de taes sociedades deve, mais do que a respeito de qualquer outra instituição ou acto mercantil, ser proporcional á responsabilidade assumida. Si o commercio outra coisa não é sinão a intermediação em vista do lucro, deve este ser tanto maior quanto tambem maior fôr o risco corrido — (*Eigentümlich*) pelo menos essencial (*Wesentlich*) ao commercio, no dizer de Goldschmidt.

E foi sem duvida movidos por taes considerações, de resto vulgares, que varios membros do parlamento italiano se oppuzeram á passagem do já transcripto art. 127 do Cod. com., cuja gestação, na phrase de Bing (obr. cit. pag. 106), foi laboriosa, sendo adoptado só depois de largas discussões.

“Os redactores do novo Codigo italiano, reflecte Bing, quizeram reagir contra esta ganancia de certos incorporadores, mas receiamos que tenham ido muito longe. Assim, nada justifica a prohibição de conceder uma modesta provisão ás pessoas que se encarregam da collocação das acções, porque sua interferencia é muitas vezes indispensavel; e *quando se pede a um banco que abra em seu escriptorio a subscripção das acções e receba as entradas, é preciso remunerar-o em troca do serviço prestado.*”

*Les hommes d'affaires*, acrescenta aquella escriptor, *n'on pas l'habitude de se déranger et de courir des riches pour rien* — *ibid.*, p. 105.

“Iniciar uma empresa social, diz Vidari, obr. cit., n. 397, compilar programmas e projectos, convidar o publico a subcrevel-os e a fazer entradas, são actos de gravissima importancia; porque, como pôdem ser os preliminares de uma empresa séria e honesta, pôdem tambem ser as primeiras e mais perigosas malhas que os especuladores deshonestos estendem aos ignorantes e aos incautos.”

E mais adiante (n. 399): “Suppôr que os fundadores quizeram sujeitar-se ao grave peso de todos aquelles actos preliminares só pelo gosto de constituir a sociedade, é coisa que repugna á pratica constante dos negocios, á justiça e até ao bom senso.”

E commentando o art. 127 do Codigo, assim se exprime o famoso professor italiano:

“Comprehende-se o fim da prohibição. Quer se pôr um freio aos jogos frequentes e deshonestos, e, mais ainda, ás fraudes que se commettem com o trafico das acções, e impedir que uma companhia, antes mesmo de legalmente constituida, tenha, deste modo, diminuido grandemente o capital.”

E logo acrescenta estas linhas, particularmente interessantes:

“Aliás, emquanto se vê quanto é razoavel prohibir aos incorporadores reservarem para si algum agio, premio, etc., não vemos outrotanto quando a prohibição se estende ás commissões estipuladas em favor de quem garanta ou assuma a collocação das acções... Pois bem: *si estas pessoas prestam, não ha duvida, um serviço á Companhia, porque não poderão tambem livremente ajustar que, a titulo de remuneração, lhes seja concedido, por exemplo, TANTOS POR CENTO DO VALOR DAS ACÇÕES COLLOCADAS OU GARANTIDAS, EM VEZ DE OUTRA QUALQUER*

ESPECIE EQUIVALENTE? Si o motivo da proibição repousa inteiro no perigo de poderem os fundadores abusar ainda deste meio em damno da Companhia, então muitas coisas precisaríamos prohibir. Diga-se antes que não haveria, talvez, uma só que não devesse ser prohibida; tanto mais quanto muito se diminuiria o perigo de abuso quando ficasse estabelecido que a medida de taes commissões devesse ser approvada pela primeira assembléa geral dos accionistas." Vidari, obr. cit., pag. 352.

Ora, si assim se exprimem os proprios commentadores do direito italiano, como condemnar, no direito patrio, o ajuste havido entre os litigantes do presente pleito?

O Banco X, que, pelas circumstancias especiaes daquela época, gozava de largo credito, lançou na praça a organização da Companhia; tomou sob sua responsabilidade a collocação do capital inteiro, representado pela cifra de... 10.000:000\$000; encarregou-se do recebimento da 1ª entrada de 30%; elaborou prospectos e projectos de estatutos ; publicou-os e os espalhou com solcito interesse; promoveu a reunião da assembléa constituinte; e mais, muito mais do que tudo isto, honrando o compromisso que tomára da collocação do capital inteiro, ficou o proprio Banco com grande parte delle. Pois bem: por todos estes serviços, avultados por est'outro, que é da maior importancia — que ao Banco é que a Companhia deve a vantagem de figurarem como subscriptores os mais conceituados nomes desta praça, isto é, ao credito do Banco ficou a Companhia a dever o enorme serviço de não ter como accionistas os taes *homens de palha insolvaveis*, na expressão do citado Bing (pag. 73) — por tudo isto cobra elle apenas a commissão de 3%!

**Portanto,**

e concluindo, absolutamente não procede a referida allegação.

//

Mas quando mesmo procedesse, não seria caso da *condictio indebiti*.

Não ha quem ignore que a razão moral e juridica da *condictio indebiti* assenta neste grande principio philosophico, tão antigo e universal como a propria humanidade, na expressão de Van Renynghe (*De condictione indebiti*, p. 19), e que Pomponio consolidou no fr. 206 de *R. J.*: a ninguem é licito enriquecer com detrimento e agravo de outrem. *Jure naturoe oequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore.*

Daqui vem, e se vê da propria rubrica daquelle instituto de direito, que a primeira condição para que haja logar á *condictio indebiti* é que o autor tenha pago aquillo que não era devido. Ora, diz-se que uma somma não é devida quando não existe causa de pagamento; por outra: *maxime indebitum solutum esse paret, quum ex ea causa solvitur quoe omnino non extitit, sed putatur extitisse* — quer dizer: considera-se principalmente uma coisa como indevida quando foi paga por uma causa que não existia, mas que se suppunha existente — Pothier, *ad Pand.*, lib. XII, tit. VI, n. IX. Por exemplo: *si me putem tibi aut Titio promississe, quum, aut neutrum factum sit, aut Titii persona in stipulatione comprehensa non sit, et Titio solvero, repetere a Titio potero* — fr. 22 de *cond. indeb.* (XII, 6); isto é, si me suppoz obrigado a prestar qualquer coisa a ti ou a Ticio, quando realmente eu não estava obrigado nem para com um nem para com outro, ou pelo menos não o estava para com Ticio, e a este prestei a coisa promettida, posso repetir de Ticio a coisa prestada.

Tal é a regra fundamental do assumpto. Solução de uma obrigação *erroneamente supposta*, segundo Arndts, *ad Pand.*, § 431; prestação de alguma coisa *ex falsa causa*, segundo Voigt, *de cond. ob causam*, p. 636, ou pagamento feito *por erro*, segundo Mainz, *Dr. Roman.* § 227 — a noção basica da *condictio indebiti* é esta: pagar sem obrigação de fazel-o, mas suppondo-se obrigado. E' por isso que, na ferrea logica dos romanos, si alguem pagou o que sabia não dever, não tem o direito de repetir: o pagamento neste caso se considera liberalidade — Van Wetter, *Les Obligations.* § 298, vol. III, pag. 337. *Quasi donaturus dedit* — Schupfer da Chioggia, *Il diritto delle Obblig.*, p. 530.

Mas haverá quem, conhecendo, posto que perfunctoriamente, o que sejam em direito *causa de uma obrigação e erro*, justifique a pretensão da Companhia? Como! pois a sua directoria approva a comissão de 3% sobre o capital subscripto, lançada na caderneta da respectiva conta corrente; a assembléa geral constituinte autoriza, sem debate e unanimemente, o pagamento das despesas de *incorporação*; dá-se quitação, *por ajuste de contas*, do saldo que o Banco pagou, deduzida aquella comissão, e isto depois que outra assembléa geral pretendeu, sem direito algum, desfazer o consummado — e quer-se agora repetir o que se pagou assim conscientemente, deliberadamente?

— Sim, retrucará talvez a Companhia: eu suppunha estar obrigada ao pagamento, quando é certo que o não estava porque a lei não autoriza as bonificações deduzidas do capital.

Mas em primeiro logar, quando fôsse certo que a lei assim dispuzesse, não se tratando de uma relação de ordem publica, bem poderiam as partes dispensar o favor da lei, e dispondo *de re sua*, do capital subtrahir o *bonus*.

Em segundo logar, já vimos que a nossa lei não prohibe taes bonificações, ponto este que ficou exgottado.

Em terceiro logar, uma coisa é pagar sem causa de obrigação, isto é, por erro, e outra pagar na ignorancia da lei prohibitiva de tal pagamento. No primeiro caso, unico que autoriza a repetição, estaria a Companhia si a sua directoria houvesse pago na supposição de estar autorizada pela assembléa geral sem estar, e isto mesmo dando de barato que a nossa lei exija tal autorização, o que já vimos, não é exacto, ou si pagasse suppondo haver sido prestado o promettido serviço, sem que este o tivesse sido. No segundo caso, não, pois só o erro de facto aproveita a quem pagou o indevido.

Ponto é este de liquidez assentada: a *condictio indebiti* não é admissível por um erro de direito — Cujacio, *Observ.* V, 39; Donello, *Comm. jur. civ.*, XIV, cap. 14; Voet, *ad Pand.*, de *cond. ind.*, § 7º; Thibaut, *Syst.*, § 663; Glück, *ad Pand.*, XII, 135.

Como se vê, são os melhores e mais afamados mestres que sustentam aquella these.

— O eminente Maynz, § 277, concedendo que haja textos contradictorios, e que o mesmo erro, de direito ou de facto, excusavel ou inexcusavel, póde, segundo as circumstancias, autorizar ou não a repetição do indevido, formúla a sua opinião nos seguintes precisos termos, com os quaes acredita ter resolvido a questão: “a repetição do indevido suppõe um pagamento feito por erro e condições taes, que, si não tivéssemos estado sob o dominio do erro, não teríamos feito a prestação de que se trata.” Vj. Serafini, nt. 7ª let. C ao § 341 do cit Arndts.

Mas concedendo mesmo que, para este effeito, o erro de direito possa áa vezes aproveitar, fóra de duvida é que só o erro excusavel terá similhante virtude — Savigny, III, 447. Vangerow, III, § 625, nt. 1, Windscheid, § 425 nt. 14, Schupfer da Chioggia, p. 530, Van Wetter, obr. cit., § 198.

Pretenderá a Companhia, pessoa juridica commercial, que o erro de direito de que se trata lhe seja excusavel? Mas o mesmo seria pretender que, em seu exclusivo favor, se anarchizassem todos os mais elevados e conhecidos principios de direito. Mais ainda: fôra preciso que se erigisse em regra de direito o que a deshonestidade tem de mais grosseiro.

Em conclusão, portanto, sou de parecer que nenhum é o direito da Companhia. *Sub censura.*

*Dezembro de 1893.*

## LX

— A directoria das sociedades anonymas não póde, independentemente de disposição expressa nos estatutos ou de deliberação da assembléa geral dos accionistas, contrahir empréstimo de dinheiro para pagamento de juros de *debentures*.

— Nullo o empréstimo contrahido fóra daquellas condições, ficam por elle pessoal e solidariamente responsaveis os membros da directoria.

— Pelo que, não é licito ao credor mutuante requerer contra a companhia supposta mutuaría.

## Parecer

Segundo o disposto no art. 10 § 1º n. 2 da Lei n. 3150 de 4 de Novembro de 1882,<sup>1</sup> os administradores das sociedades anonymas reputam-se revestidos de poderes para praticar todos os actos de gestão relativos ao fim e ao objecto da sociedade. Isto mesmo ficou expresso no art. 13 dos Estatutos da Companhia em questão.

Mas em taes poderes, na fórmula da Lei, não se comprehendem os de:

a) Transigir, renunciar direitos, hypothecar ou empenhar bens sociaes;

b) CONTRAHIR OBRIGAÇÕES e alienar bens e direitos, *excepto si estes actos se incluem nas operações que fazem objecto da sociedade*.<sup>2</sup>

O art. 19 n. 5 dos ditos Estatutos, reservando á Assembléa Geral o *tomar conhecimento e resolver sobre todos es assumptos que entenderem com os interesses geraes da Companhia*, não fez mais do que reproduzir a disposição da Lei.

Isto posto, o empréstimo de dinheiro para pagamento de juros de *debentures*, não sendo evidentemente acto que se possa incluir no

---

<sup>1</sup> Reproduzindo no art. 101 do Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, que consolidou as disposições legislativas e regulamentares sobre as sociedades anonymas.

<sup>2</sup> *id.* no art. 102.

quadro das operações que fazem objecto da sociedade, não póde ser realizado sinão por força de autorização expressa nos estatutos ou deliberação da assembléa geral dos respectivos accionistas.

Si a emissão dos *debentures* de que se trata foi autorizada (nem podia deixar de ser, visto o art. 21 § 5º do Dec. n. 8821 de 30 de Dezembro de 1882)<sup>1</sup>, tal autorização não podia se estender á de contrahir indefinidamente novas obrigações para occorrer ao pagamento dos respectivos juros.

A assembléa geral não podia ter tido em vista mais do que satisfazel-os mediante os resultados das operações que os mesmos *debentures* vinham facilitar.

Demais, os administradores das sociedades anonymas, na falta de disposição expressa nos estatutos ou de poderes expressos conferidos pela assemblea geral, são equiparados, pelos principios geraes de direito, aos mandatarios (Bing, *La soc. anon. en droit. ital.*, pag. 308), de cujos poderes geraes fica sempre excluida a faculdade de contrahir obrigações em nome e risco do mandante.

Portanto, valido não é o emprestimo contrahido pela directoria, cujos membros são responsaveis á sociedade e ao mutuante pelo excesso de mandato e pela infracção da lei e dos estatutos — cit. L. n. 3150 de 1882, art. 11<sup>2</sup>; responsabilidade que se deve fazer effectiva por meio da caução de que falla o art. 10 § 3º da L. e art. 47 do Dec. n. 8821<sup>3</sup>.

Portanto, a companhia não é responsavel pelo emprestimo que não autorizou.

---

<sup>1</sup> *id.* no art. 1º, § 5º do Dec. n. 177 A de 15 de Setembro de 1893.

<sup>2</sup> *id.* ao art. 109, 2º.

<sup>3</sup> *id.* no art. 105.



Do exposto se vê que o mutuante não póde requerer a liquidação forçada da companhia, de quem não é credor pelo empréstimo que os Directores contrahiram com excesso de mandato, e, portanto, nenhum para ella.

Nem quando fosse legal o empréstimo, seria caso de liquidação forçada, pois que a recusa do pagamento de uma divida não equivale á insolvencia ou cessação de pagamentos, de que falla o art. 17 § 3º da L. n. 3150, palavras estas que tenho como synonymas, conforme a jurisprudencia dos nossos tribunaes — Orlando, Cod. Com., 3ª ed., pag. 366.

*Sub censura.*

*Abril de 1884.*

## LXI

— Das funcções do curador fiscal das massas fallidas.

### Consulta

Em vista do art. 36 do decreto n. 917 de 1890, combinado com os arts. 39 e 40 do mesmo decreto, bem como do art. 140 do decreto estadual n. 123 de 10 de Novembro de 1892, pergunta se:

1º O curador fiscal das massas fallidas, para exercer suas attribuições, está adstricto aos exames de livros, inventarios, balanços e lista de credores que os syndicos provisorios tenham organizado por si sós, isto é, independentemente do concurso *effectivo* do mesmo curador?

2º Póde o curador fiscal dar perito *seu* nos exames de livros na phase provisoria da fallencia?

### Resposta

Os pontos ora sujeitos á consulta não me parecem susceptiveis siquer de duvida. Como si não bastassem as proprias disposições invocadas do decreto n. 917 de 1890, o art. 140 do decreto

estadual n. 123 de 1892 peremptoriamente firmaria, nos curadores fiscaes de massas fallidas, as faculdades a que se allude na proposta.

Com effeito:

Quanto ao Dec. n. 917, e concedido mesmo que só elle deva regular o processo da liquidação de massas fallidas — o que aliás se nega — ali positivamente se comprehende, entre as funcções daquelles auxiliares do ministerio publico, a faculdade de intervirem *effectivamente* nos exames de livros, inventarios e organização da lista de credores que os syndicos provisorios houverem de levantar.

Nem de outro modo se comprehenderia a *assistencia* do curador fiscal, na phrase do art. 36, em todos os actos dos syndicos provisorios, especificadamente os da letra *h* do citado artigo.

Pois si os syndicos praticam todos aquelles actos com *assistencia*, quer dizer: com a *presença*, o auxilio, a permanencia do curador fiscal, como negar a este a faculdade de praticar os mesmos actos que a lei explicitamente commetteu aos mesmos syndicos? Seria absurda incongruencia.

Nem se objecte com a disposição da citada letra *h* do art. 36, segundo a qual os syndicos serão auxiliados, naquelles actos, *por peritos de sua confiança e sob sua responsabilidade*.

Não ha duvida; mas daqui se segue porventura que os curadores fiscaes estejam sempre obrigados a enlear as indagações da verdade, embaraçando a actividade da justiça, pela acção exclusiva dos syndicos, adstrictos á confiança e responsabilidade delles? Sim; os syndicos nomeiam peritos de sua confiança e sob sua responsabilidade; mas si o curador fiscal — e dahi vem esta qualificação — zela e guarda a ordem publica do direito, fiscaliza todo o processo da fallencia em sua primeira phase, negar-lhe a faculdade de propôr perito seu, o mesmo seria que lhe impor obrigações, por cuja exacção é criminalmente

responsavel, e ao mesmo tempo lhe recusar os meios mais proprios de as cumprir. Seria incongruencia mais absurda ainda.

Não é tudo.

O art. 39 dá explicitamente ao curador fiscal a faculdade de *organizar a lista para a chamada dos credores* que devem constituir a reunião de que cogita o artigo 40, e pela disposição deste ultimo artigo tambem o curador fiscal apresentará, na referida reunião, *o balanço e inventario da massa, o exame de livros, e fará succinto relatorio das causas determinadoras da fallencia, informando sobre o procedimento do fallido antes e depois da declaração da fallencia, de modo que os credores possam formar juizo sobre a boa ou a má fé, a culpa ou dolo com que aquelle procedeu.*

Mas impôr taes funcções aos curadores fiscaes e simultaneamente pretender prendelos á acção dos peritos da exclusiva confiança dos syndicos; incumbil-os de pesquisar das causas que determinaram a fallencia, até o ponto de os autorizar a devassar a vida particular do fallido, e ao mesmo tempo lhes negar a faculdade de, por si, colherem e produzirem quaesquer provas das admittidas em direito; fazel-os representantes do ministerio publico, investidos na alta funcção de apurarem a verdade sobre o procedimento do fallido para que se reequilibre a ordem social do direito por ventura por elle violada — Carrara, *Program.*, §§ 3355 a 3361 — mas os desarmar dos instrumentos e meios proporcionaveis a taes fins, não seria legislar sinão derruir os alicerces da propria logica do direito.

De mais, não incumbe ao curador fiscal o dever de *fiscalizar* o procedimento dos proprios syndicos e seus peritos?

E quanto ao dec. estadual n. 123 de 1892, promulgado *ex vi* das *Disposições transitorias* da Lei n. 18 de 21 de Novembro de 1891, a qual se funda na disposição do art. 63 combinada com a do art. 34 n. 23 da Const. Federal, base do nosso systema federativo, formando regras de

puro direito processual, deixa categoricamente fóra de contestação possível aquelle direito dos curadores fiscaes de massas fallidas.

Sem ter porque se prender, quanto ás fórmulas do processo das fallencias, ao dec. federal n. 917, quando mesmo por ventura este decreto contrariasse aquella conclusão, (o que aliás, como já se mostrou, não é exacto), o dec. estadual n. 123 entendeu conveniente restaurar os arts. 833 e segs. do Cod. Comm., segundo cujas disposições incumbe aos curadores fiscaes praticar todos os actos e diligencias que a lei federal dividiu com os syndicos provisorios.

E quando mesmo não se fizesse explicita esta restauração, bastaria o disposto no § 1º do cit. art. 140 para cortar qualquer controversia. Si áquelles funcionarios incumbe *auxiliar a justiça publica na apuração das causas determinadoras das fallencias*, visto é que lhes assiste o direito de requererem as diligencias a que faz allusão a consulta. Negal-o, seria fazer capricho meramente.

Já se sabe que está promulgada nova lei sobre fallencias; quaesquer que sejam as suas disposições em materia de processo, e nesta categoria entra quanto se refere ao assumpto desta consulta — não terão força de derogar o nosso art. 140.

Para tanto fôra preciso emendar a Constituição da Republica.

Vide a nossa *Unidade de Direito*, pag. 109, n. 46.

Portanto, respondo:

ao 1º — não;

ao 2º — sim.

Salvo melhor parecer.

*Setembro de 1902.*

## **LXII**

- Natureza e extensão da competencia do poder executivo estadual de regulamentar as leis estaduais.
- Discriminação das leis substantivas ou materiaes e adjectivas ou formaes.
- Extensão do poder legislativo estadual.
- Parte materia! e parte formal da lei sobre fallencias. Attribuições dos curadores fiscaes das massas fallidas.

### **Parecer**

#### **Sobre o Projecto do Regulamento da Curadoria Fiscal de massas fallidas**

De accordo com grande parte das considerações constantes da exposição junta, parece que, com algumas ampliações, naturalmente deduzidas do modo mais largo por que encaramos o assumpto, digno é de ser acceito o esboço do regulamento a que aquelle trabalho serve de introduccão.

---

Dous pontos foram ali elucidados, cuja importancia, de tal modo relevante é, nos obriga a discutil-os, posto que sem todas as explanações que o assumpto poderia suggerir em sua complexidade politica e juridica.

Fal-o-emos invertendo, a bem do methodo, a ordem em que os considerou o illustre autor daquelle trabalho; a saber:

I. Estando já regulamentada, pelo Dec. n. 123 de 10 de Novembro de 1892, a Lei n. 18 de 21 de Novembro de 1891, que organizou o poder judiciario do Estado, e tendo o Congresso, pelo art. 14 da Lei n. 338 de 7 de Agosto de 1895, definido as attribuições dos

curadores fiscaes das massas fallidas, póde ainda o governo regulamentar o mesmo assumpto sem provocação do Congresso estadual?

II. Até onde vai a competencia dos Estados na formação do seu direito judiciario?

/

Não temos duvida alguma em concordar com a affirmativa que o illustre Dr. Azevedo Marques põe como resposta á primeira questão; entretanto, nem com todas as suas proposições podemos convir de modo incondicional.

Assim, não nos parece exacto que o citado art. 14 da Lei n. 338 de 1895 houvesse *completamente* revogado as disposições do art. 140 do Dec. n. 123 de 1892; ao contrario, a nós se afigura que taes disposições subsistem, ás quaes aquella Lei acrescentou as referidas em seu art. 14; quer dizer — que além das attribuições que o art. 140 do Dec. n. 123 commette aos curadores fiscaes das massas fallidas, a Lei n. 338 lhes dá mais as que, pelo Dec. federal n. 917 de 24 de Outubro de 1890, incumbiam áquelles funcionarios do Districto Federal.

Para assim pensar basta que nos apoiemos na regra geral de hermeneutica juridica exarada por Paulo no fr. 28 D. *de legibus*: as leis novas se incorporam ás anteriores, a menos que lhes não sejam contrarias. *Posteriores leges ad priores pertinent: nisi contrarioe sint.*

Quer dizer, que a lei nova só revoga a lei anterior quando as duas forem incompativeis absolutamente. "A abrogação tacita de uma lei por outra lei se funda, ensina Dalloz, na maxima *posteriora prioribus derogant*, maxima que não devemos entender em sentido absoluto ou muito geral. Assim, constitue principio de hermeneutica, que a abrogação tacita de uma lei não se presume, e deve ser tal, que seja impossivel

executar a segunda sem destruir a primeira." Dalloz, *Répert.*, vb. *Lois*, n. 539, onde se referem varios julgados.

Occorre ainda lembrar, com Saredo, *Trattato delle leggi*, 1º vol., n. 608, que o legislador, promulgando lei nova, não deixa de ter sob os olhos a lei que regulava o assumpto, e que, portanto, não deixa esta de entrar na elaboração do novo pensamento. Pois não é lição de hermeneutica que as leis se interpretem umas pelas outras? *Non est novum*, disse Paulo, *ut priores legibus ad posteriores trahantur* — fr. 26 *eod.*

Finalmente, convem aqui não esquecer esta regra, que é assim ensinada pelo cit. Dalloz, n. 542: "Si les lois ne sont contraires que dans quelques points seulement, ce n'est que dans ces points que l'abrogation s'opère. Le silence que garde la loi nouvelle sur les autres parties de l'ancienne loi ne doit pas empêcher de les observer." Assim julgou a Côrte de Cassação, em 20 de Outubro de 1809, e ficou estabelecido na resolução do Conselho d'Estado de 4 nivôse, anno VIII.

Fóra de taes casos, a lei antiga só se tem por abrogada ou revogada quando a lei nova expressamente assim declara — cit. Dalloz, n. 539.

Ora enfrentem-se os arts. 140 do Dec. n. 123 e 14 da Lei n. 338, e ver-se-á que se completam para traçarem o quadro inteiro das attribuições dos curadores fiscaes das massas fallidas. A Lei n. 338, ao envez de revogar aquella outra disposição regulamentar da lei n. 28 de 1891, aliás sem a ella se referir, limitou-se a incumbir áquelles auxiliares da justiça estadual das attribuições que o Dec. federal n. 917 de 1890 assignára aos curadores no Discripto Federal, attribuições que, como explicitamente reconhece o douto autor da Exposição, foram em parte reproduzidas e em parte modificadas no proprio Dec. federal n. 917.

Haverá incompatibilidade entre algumas destas ultimas disposições e as contidas nos arts. 833 e seguintes do Cod. Com.,

referidas no § 1º daquelle art. 140? Só estas estarão abrogadas. Mas affirmar que este artigo 140 foi substituido pelo art. 14 da Lei n. 338, é ir muito além das linhas traçadas pela sciencia da hermeneutica juridica, complemento necessario da sciencia das leis.

Tambem se nos afigura menos correcto o conceito — que a Lei n. 338 *impôs como attribuições dos curadores da Estado somente as constantes da lei federal das fallencias*. Não é o que está ali, sinão isto: “Emquanto não forem creados privatimente os logares de curadores fiscaes das massas fallidas, *as funcções que lhes competem pelo Decreto federal n. 917 de 24 de Outubro de 1890* serão accumuladas pelos promotores publicos.” Entre esta regra e aquelle conceito é que parece haver incompatibilidade.

---

Precisando agora os termos da primeira questão — póde ainda o governo, a despeito do Dec. n. 123 e da Lei n. 339, regulamentar o assumpto?

Sem duvida que póde.

Em primeiro logar, porque a disposição do art. 36 n. 2 da Const. não faz restricções á attribuição commettida ao poder executivo de *expedir decretos, instrucções e regulamentos para a boa execução dos actos legislativos*. Só ha uma limitação imposta pela logica do direito, decorrente do proprio principio organico da separação dos poderes é que o regulamento deve ser fiel á lei; aliás teriamos duas regras sobre o mesmo assumpto — a de lei e a do regulamento.

E porque, qualquer que seja a consistencia da doutrina que vê naquella attribuição do poder executivo uma invasão no legislativo, ninguem mais desconhece a vantagem e a necessidade de tal attribuição, imposta pela difficuldade sinão impossibilidade do poder legislativo descer



ao casuismo minucioso das varias hypotheses a que se deva applicar a regra de direito. "O chefe do Estado completa a lei redigindo regulamentos sobre materias que entram na administração publica. Uma coisa é formular um principio geral, outra é o pôr em obra, prever as hypotheses, regular as difficuldades possiveis, fazer as distincções necessarias, indicar as formalidades a preencher. Estas questões praticas, estes pormenores, exigem homens exercitados nos usos do governo e da administração, conhecendo as difficuldades da pratica e familiarizados com os meios aptos para as superar. Só os órgãos do poder executivo podem bem satisfazer esta missão." Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, pag. 282.

"Para determinar a indole e os limites da acção do poder excutivo importa não esquecer que a funcção de prover com decretos e regulamentos á execução das leis se funda sobre este principio: que, por mais que sejam minuciosas e particularizadas as precauções estabelecidas pelo legislador para o cumprimento das prescripções da sua vontade, fica sempre uma multidão de casos imprevistos, de medidas diversas a tomar, sobretudo em materia de administração, acerca do tempo, do dia, dos lugares, *da escolha especial dos officiaes publicos do modo por que estes devem proceder*, e assim por diante." Cit. Saredo, n. 263.

Eis porque, na justa definição de Pimenta Bueno, *Dir. Publ. Brazil.*, n. 325, os regulamentos são "disposições que determinam os detalhes, os meios, as providencias necessarias para que as leis tenham facil execução em toda a extensão do Estado".

Isto posto, sem acceitar indistinctamente a lição de Ribas, citado pelo douto autor da Exposição — que o poder executivo pode modificar ou revogar os regulamentos sempre que julgar conveniente, o que daria á propria lei inconvenientissima mobilidade; sem tão pouco subscrever a opinião dos que pretendem vêr naquella attribuição do executivo mera delegação do legislativo, a qual, por isso mesmo, se exgottaria eis que a lei fosse regulamentada, o que importaria abstrahir por completo da funcção especifica dos regulamentos, isto é, "prover á necessidade de attender ás possíveis e frequentes mudanças na ordem dos factos sem que seja preciso recorrer ao poder legislativo" — Foucart, *Dir.*

*Publ. et Admin.*, § 101; Scolari, *Diritto Amministrativo*, p. 131 — parece se ajustar perfeitamente com o preceito constitucional e com a feição científica de taes actos do poder executivo a expedição de novo regulamento logo que novos factos ou novas circumstancias vieram modificar relações reguladas por actos anteriores. Si os decretos, instrucções e regulamentos de execução, como disse Cormenin, não são mais do que o desenvolvimento natural e necessario da lei, a qual formúla os principios mas não desce a regular as particularidades — *Questions de droit admin.*, p. 221 — natural e necessario é, logo que ou a lei ou os factos se modificam, que novas instrucções ou regulamentos venham instruir os funcionarios no modo porque devem proceder de então em diante.

Si é a lei que se modifica, corre ao poder executivo o dever de satisfazer o preceito constitucional do art. 36 n. 2; si a lei se mantém inalterada, mas tão somente se mudaram as condições ou particularidades de sua execução, bem pode o executivo, usando de uma attribuição que lhe é propria, institucionalmente sua, mas não delegada pelo legislativo, expedir novo regulamento para as novas circumstancias, comtanto que não toque na substancia da lei, elemento material do direito escripto.

Era segundo logar, e descendo dos principios abstractos para o caso occorrente, parece incontestavel:

a) que ainda não está regulamentada a parte da legislação estadual relativa ás attribuições dos curadores fiscaes das massas fallidas;

b) que quando mesmo já o tivesse sido, evidente é a necessidade de a regulamentar de novo, pois que modificações houve na legislação anterior.

Com effeito:

a) O art. 140 do Dec. n. 123 de 1892 não particularizou, o que quer dizer não regulamentou, as attribuições daquelles funcionarios:

apenas, para não deixar sem referencia a breve disposição do art. 55 § 1º da L. 18 de 1891 na parte em que prescreve que os promotores publicos, na falta de credores idoneos, fossem nomeados curadores das massas fallidas, dispôz que lhes incumbia: § 1º Auxiliar a justiça publica na apuração das causas determinadoras das fallencias; § 2º. Proceder nos termos dos arts. 833 e seguintes do Codigo Commercial.

Como se vê, eram theses geraes, naturalmente sujeitas a desdobramentos futuros, quasi de impossivel previsão casuistica naquella epoca, então de confusa gestação legislativa, quando ainda mal se começava a penetrar no infeliz systema constitucional da multiplicidade do direito processual para a defesa do direito substantivo, felizmente uno na Republica.

Tão patentes se manifestaram necessidades novas e, portanto, nova necessidade de tocar na legislação estadual, que o Congresso decretou a Lei n. 338 de 7 de Agosto de 1895, cujo art. 14, já acima transcripto, na só locução — Emquanto não forem creados privativamente os logares de curadores fiscaes de massas fallidas — indicava que ainda então se dispunha para uma situação transitoria. Da mesma expressão *emquanto* já tinha usado o art. 2º das *Diposições Provisorias* do Dec. n. 178 de 6 Junho de 1893, mandando que a commissão dos syndicos continuasse a ser marcada de accordo com o disposto no art. 148 do Dec. federal n. 917 *emquanto este Decreto vigorasse como lei de fallencias no Estado*. E não era só uma situação transitoria, mas a propria disposição que se alojára no capitulo das *Disposições transitorias* — o que fornece seguro argumento para a necessidade de nova regulamentação do assumpto.

Dizer, como no citado art. 14, que enquanto os logares de curadores privativos não fossem creados, seriam as attribuições dos curadores fiscaes das massas fallidas no Districto Federal accumuladas

pelos promotores publicos, não quer dizer que nada mais poderia incumbir a taes curadores quando a lei os creasse.

Mas quando mesmo assim fosse, incontestavel seria que essa Lei n. 338 podia, ou melhor, devia ser regulamentada, tanto mais quanto é certo, como já mostrámos, que a nova Lei não revogou o art. 140 do Dec. n. 123, de modo que se tornára de manifesta conveniencia a expedição de um regulamento que particularizasse as normas da execução das duas disposições.

Tal regulamento, porém, nunca foi expedido até que a Lei n. 812 de 29 de Outubro de 1901 vem crear o logar privativo de curador fiscal das massas fallidas na capital do Estado, sem que uma só disposição contenha sobre as respectivas attribuições ou materia de processo. Era evidente a necessidade do poder executivo regulamentar a nova lei, que assim modificava neste ponto a lei organico judiciario n. 18 de 1891.

Mas tal regulamento nunca foi expedido.

Portanto, ainda que verdadeira fosse a doutrina já refutada — de não poder o executivo regulamentar lei já regulamentada — não seria caso de se lhe fazer applicação.

*b)* Mas que se considerem já regulamentadas as attribuições do curador fiscal privativo das massas fallidas na Capital; mesmo assim, evidente é a necessidade de novo regulamento, uma vez que a nova Lei federal n. 858 de 16 de Agosto do anno corrente trouxe profundas modificações ao direito material das fallencias, modificações que destroem regras de processo só cabiveis no dominio da lei anterior.

Do que fica assim rapida e imperfeitamente exposto, não pode haver duvida sobre a constitucionalidade e conveniencia da expedição do regulamento cujo esboço foi sujeito ao nosso juizo.

//

Em seu livro *Unidade do Direito*, já o abaixo assignado estudou e desenvolveu longamente o assumpto no intuito de demonstrar quão infeliz foi a Constituinte de 24 de Fevereiro no systema de dar ao Congresso Nacional a organização do direito material brasileiro e ao das legislaturas estaduais a decretação do direito judiciario. Unidade substancial, multiplicidade processual: desintegração do direito.

Não ha objecção séria contra o conceito do illustre expositor do esboço junto: é muitas vezes difficil, sinão impossivel, separar o fundo do direito da forma de sua manifestação no mundo concreto das relações juridicas. Mas não parece que seja esta a questão que ora nos occupa. E' muito outra: será difficil separar o direito material do direito judiciario?

Certo é que as mais estreitas relações de vida organica e functional entrelaçam os tres grandes quadros pelos quaes se desdobra a legislação dos povos cultos: 1º) o da lei em these — é a definição ou structura abstracta das regras de direito em sua substancia ou materia da *lei*; 2º) o da instituição do poder que terá, quando provocado, de applicar aquellas regras aos casos occorrentes ou concretar as regras de direito no sujeito das relações de direito — é o systema da *organização judiciaria*; 3º) o das formas para esta applicação ou do modo do funcionamento daquelle poder — é o *processo*.

"Estes tres quadros, diz-se na citada *Unidade do Direito*, podem ser reduzidos a dois. Um conterà a determinação scientifica ou abstracta das *norma agendi* — é o direito estatico: sua força está apenas latente. O outro, as linhas da organização judiciaria e as formas do processo — é o direito em estado dinamico, a patentear a força protectora da lei. O primeiro forma o direito doutrinario; o segundo, o direito judiciario. Aquelle nos dá as *substantive laws*, este, as *adjective laws*, na phraseologia de Bentham, discriminação e phraseologia que Ramponi, na sua *Teoria delle presunzioni*, pag. 11, chama elementar e doutrinalmente incontestavel."

Feita assim, tão clara e tão nitidamente, aquella separação, não vemos que seja difficil, perante o systema inaugurado pela

combinação dos arts. 34, n. 23, 63 e 65 § 2º da Const. de 24 de Fevereiro, determinar o conteúdo do que, em materia de legislação, compete ao Congresso Nacional e aos congressos estaduais. A'quelle incumbe traçar o primeiro quadro; a estes o segundo.

Effectivamente, quando se diz ser difficil, e ás vezes impossivel separar o *fundo* do direito da respectiva *forma*, tal conceito só pode ser verdadeiro si na expressão *forma* se comprehende o modo da constituição do proprio direito.

Exemplificando: não vale a hypotheca sem escriptura publica. A escriptura é a *forma substancial* da hypotheca ou o modo legal de ser do proprio direito real da hypotheca: as legislaturas estaduais não podem dispensar a escriptura. A sequela e a preferencia são consequencias legais da hypotheca, corollarios do systema hypothecario, sua virtude e sua força: o direito judiciario dos Estados não lhes póde tocar. A hypotheca confere *acção real* ao credor: nenhuma lei estadual teria a força de negar acção á hypotheca nem a de fazel-a simplesmente pessoal. Mas si tomarmos a *forma* no sentido do modo de fazer praticamente effectivas as garantias reais da hypotheca, isto é, o processo formal da acção hypothecaria, então tal difficuldade desaparece e com segurança se assignará aos congressos estaduais a esphera da respectiva competencia.

O poder legislativo estadual não pode desprover de acção real o direito hypothecario, já o dissemos; e assim é porque a acção real hypothecaria é esse mesmo direito em estado effectivo, é um direito consequencial!. E' um direito, porque em geral direito e acção são conceitos reciprocamente necessarios; como disse Arndts, acção é a creatura que tem por creador o mesmo direito. *Das Recht ist das Erzeugende, die Klage das Erzeugte*. Acção, ficou dito no n. 33 da *Unidade do Direito*, não é sinão a oportunidade que torna patente a força latente de qualquer relação de direito. Meio e fim; ensejo e consecução. E' real, e

só póde ser porque, si o não fosse deixaria o direito hypothecario sem a *sequela* que é uma das suas forças elementares.

Mas *acção* significa tambem o modo de pôr em pratica aquelle meio ou aproveitar formalmente aquelle ensejo de concretar o direito no respectivo credor. Esse modo, que chamaremos a parte eurematica do direito, deve ficar ao sabor dos congressos estaduaes o dar-lhe as linhas e regras de movimentação ou de sua *dynamica* forense, quaesquer que sejam as que ficaram determinadas no Decreto federal n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890. Por exemplo: este decreto substituiu a assignação de dez dias, que competia ao credor hypothecario, pelo processo executivo dos arts. 310 a 317 de Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850; dispôz que a respectiva carta de sentença deve compôr-se das peças referidas no Dec. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874, e mais que as disposições sobre recursos de agravo, *appellação* e revista, sua interposição e forma de processo, serão as mesmas de que trata a parte 3<sup>a</sup> do mencionado Reg. n. 737 — Pois todas estas disposições nos parece que ficaram prejudicadas pela Const. de 24 de Fevereiro.

“A propria acção executiva, com que o Governo Provisorio protegeu os creditos hypothecarios, pode ser substituida por lei estadual. Não influindo na substancia da relação de direito, quer em potencia, quer em efficiencia judicial, a forma la acção é assumpto méramente adjectivo” — cit. *Unidade do Direito*, pag. 112.

Quanto á composição das cartas de sentença, que relação se poderá achar entre ella e a materia do direito? E seria constitucional a lei da União que prendesse os congressos estaduaes ao systema actual de recursos? E si este ou aquelle Estado abolisse o agravo? mesmo a *appellação*, preferindo o systema, ardentemente preconizado por homens eminentes como La Rochefoucauld, Royer-Collard, Béranger e outros, de um só gráu de jurisdição? e onde está hoje a revista a que ali se allude?

Permitta-se mais uma transcrição da *Unidade do Direito*: “Nem se pretenda, como temos ouvido e lido, que no direito hypothecario,

*como no das fallencias*, possível não é separar a lei substantiva da adjectiva; que os Estados estão obrigados a observar *in totum* taes leis ou outras de indole semelhante. Mas porque? e a logica? O assumpto envolve materia de direito ou ponto processual? Eis todo o problema. Si é de processo, o mesmo que rasgar a Constituição valeria quanto se pretendesse contra o direito dos Estados na construcção inteira do seu direito judiciario."

"Tratando-se da lei de fallencias, assim se exprime o douto autor da *Exposição*, não ha duvida que pouco restará aos Estados, pois, a fallencia, diz C. de Mendonça, é emanação do estatuto processual, meio extraordinario de execução, *concurso creditorum*, no qual não se poderá separar o fundo da fôrma que reciprocamente se completam produzindo um todo harmonico e compacto."

Peza-nos dissentir, já do autor da *Exposição*, já do notavel monographista a que elle se refere.

Não parece rigorosamente ortodoxo dizer que a fallencia é *emanação do estatuto processual*. Melhor seria, distinguindo, nas fallencias, a condição juridica do commerciante que cessou pagamentos e respectivos effeitos, do modo da liquidação da massa e da averiguação das causas que possam influir na qualificação da fallencia, discriminar os dois aspectos da materia para com facilidade logica traçar as linhas da competencia do poder estadual. Só assim não incorreria Carvalho de Mendonça na insolidez daquelles conceitos — que na fallencia, por ser *concurso creditorum*, meio extraordinario de execução, não se poderá separar o fundo da fôrma. Que fundo? Que fôrma?

O *fundo do direito* relativo ás fallencias parece que deve tão sómente comprehender as regras concernentes aos seguintes pontos:

a) condições subjectivas e objectivas do estado de fallencia — quer dizer: quem póde ser declarado fallido e que factos constituem aquelle estado;



b) condições objectivas e subjectivas para a declaração judicial da abertura da fallencia — quer dizer: quem póde requerer abertura da fallencia (*facultas agendi*);

c) efeitos da declaração da fallencia quanto á pessoa e aos bens e contractos do fallido;

d) classificação e graduação dos credores; efeitos da graduação;

e) classificação da fallencia e seus efeitos;

f) condições para a reabilitação do fallido;

g) meios preventivos da fallencia e condições do respectivo exercicio;

h) condições para o pedido e concessão de concordata.

A *fórma* do processo de fallencia — quero dizer, da liquidação da massa fallida, já que aquella locução não é correcta, pois fallencia propriamente não é mais do que o estado do commerciante que cessou pagamentos — essa se compõe da série dos actos forenses tendentes a fazer effectivos os direitos e deveres envolvidos na massa fallida; o modo pratico da declaração de fallencia e o de chegar ás consequencias dessa declaração, como o processo da apuração do activo da massa para solução do passivo; o modo da intervenção dos credores e dos agentes do ministerio publico, não só naquelle processo como nos actos que possam interessar aos primeiros e mais á massa fallida e á justiça publica; a escolha dos funcionarios que devam pôr em movimento o direito judicial relativo ao assumpto e o modo da respectiva actividade forense; os recursos que respectivamente possam caber ao fallido, aos credores e ao curador fiscal, e o modo de os processar e resolver — tudo isto é de direito adjectivo e, portanto, da esphera da legislação estadual.

A fallencia abre o *concurso creditorum*, não ha duvida; mas nelle bem se póde discriminar a *materia* do concurso da respectiva *fórma*

*processual*. Aquella é obra do Congresso federal, esta o é dos Congressos estaduais. O que não se amoldar ao rigor destes preceitos, posto que defeituosos, da Constituição, será inconstitucional.

Isto posto, temos como indiscutível que a nova Lei n. 859 de 16 de Agosto ultimo só pôde vigorar neste Estado na parte em que dispõe sobre o fundo do direito relativo ás fallencias, isto é, quanto aos pontos que acima deixámos assignalados. A materia relativa ao processo da liquidação da massa fallida e ao dos actos consequentes á abertura da fallencia, já de processo commercial, já de processo criminal, continúa a ser regulada pelo Dec. n. 123 de 12 de Novembro de 1892 e pela Lei de 7 de Agosto de 1895.

Infelizmente a Nova Lei sobre fallencias é mais um documento da incompleta ou imperfeita comprehensão do nosso systema constitucional em materia de legislação. Formigam ali artigos que patentemente fustigam as citadas disposições da Constituição federal: esses não podem vigorar nos Estados que os não tenham adoptado por lei sua, a menos que se não dispam elles, por amor á tenebrosa anarchia legislativa em que andamos mergulhados, de um poder autonomo que o pacto federativo lhes firmou e affirma.

Não os apontaremos por seus numeros, evitando assim o facil vicio das *numerationes imperfectoe*. Mais é facil encontral-os por entre as disposições que fallam de embargos e aggravos, de effeitos devolutivos ou suspensivos, de prazos, do modo pratico de proceder a certos actos, da nova commissão fiscal tirada de listas cujo processo de composição vem determinado no art. 16, e muitas outras. Mesmo em materia criminal, ali estão os arts. 89 e 90 determinando competencias districtaes para o julgamento da fallencia, e mandando que se guarde a fórma do Dec n. 707 de 9 de Outubro de 1850!

Não parece que o Congresso Nacional só teve em vista o art. 34 n. 23 da Constituição? Todas aquellas disposições valem sómente no districto federal.

Mas enquanto não se reformar nesta parte o nosso direito constitucional, que pelo menos o Estado de S Paulo dê prova da maneira perfeita por que o comprehende e applica.

---

Examinando agora propriamente o esboço do regulamento cuja conveniencia e constitucionalidade nos occuparam ao principio, sem fazermos minima referencia á sua redacção, que em alguns pontos retocaríamos si de tanto tivéssemos recebido incumbencia, apenas notaremos que algumas de suas disposições parece escaparem do direito judiciario e que outras pódem ali figurar com correcção constitucional e evidente vantagem para a massa fallida e no interesse da justiça.

Assim nos parece incidir no primeiro reparo a let. *d*), em que se dá ao curador fiscal o direito de figurar como *assistente* nas acções pendentes contra o devedor e nas que houverem de ser intentadas posteriormente á fallencia, exceptuadas as referidas no final do art. 18 da Lei. Mas si o curador fiscal já não tem a faculdade anterior de requerer abertura de fallencia nem de proseguir, como autor ou como réo, nas acções pendentes, ou de intentar novas ou de responder a novas acções, illogico seria lhe facultar o comparecimento judicial naquella qualidade. Quem não tem *acção* não póde ser *assistente*. — Ord. III, 20 § 32; Mello Freire, IV, VIII, IV; João Monteiro, *Theoria do Proc.*, 3º vol., § 309. Quando muito se poderia admittir a intervenção dos curadores fiscaes como órgãos consultivos do juizo e agentes do ministerio publico.

Assim tambem a locução *qualquer pessoa* contida na let. *a*), pois que só as pessoas indicadas no art. 5º da Lei pódem promover abertura de fallencia.

Em compensação nos parece que ao curador fiscal devem incumbir mais as attribuições, todas de character judiciario, que a nova lei commette ao syndico e á commissão fiscal pelos arts. 50, 61, 65, e talvez outros, e cumulativamente com aquelles auxiliares do juizo. Tambem devem dar parecer sobre a autorização de que falla o art. 68 e sobre a informação a que se refere.

Com estas restricções e ampliações ficaria melhorado o regulamento.

---

O illustre e douto autor da Exposição aconselha que se modifique o actual systema de remuneração aos curadores fiscaes de massas fallidas, ao menos na Capital, substituindo-se a percepção dos salarios, porcentagens e gratificações, que ora se lhes conta nos autos, pela de vencimentos fixos pagos pelo Thesouro do Estado.

De pleno accordo. Enquanto se não puder realizar o ideal da gratuidade da justiça, e fôr de necessidade manter essa especie de imposto indirecto, como diz Barnouvin em seu famoso opusculo *De la justice gratuite*, quaes são as custas judiciaes, que ao menos estas se componham só do que restrictamente se destinar a despesas de ordem material. A mercê do officio dos magistrados, escrivães e mais funcionarios do poder judiciario, que saia ella do orçamento do Estado. "O primeiro dever do rei, disse d'Aguesseau, é o de fazer distribuir justiça aos cidadãos. E' uma divida que o rei lhes paga quando a fornece gratuitamente; só imperfeitamente della se exonera quando vende, por qualquer fórma, aquillo que é obrigado a dar."

A venalidade dos officios publicos é o mais perigoso virus dos que lhes possam corroer a majestade e importancia.

*S. Paulo, 3 de Outubro de 1902.*

## TERCEIRA PARTE

---

### DIREITO CRIMINAL

---

#### LXIII

— Da suggestio criminal. O só concurso da vontade basta para a co-delinquência.

— Irresponsabilidade dos suggestionadores de um lynchamento por applicação da regra do art. 20 Cod. Penal.

#### **Proposta:**

A. e B. convidaram varios desordeiros da villa Z. ao lynchamento do criminoso C., e se retiraram da villa.

Mas do logar para onde se haviam retirado, antes que aquelles desordeiros houvessem praticado qualquer acto contra C., fizeram chegar ao conhecimento delles que por completo desistiam do convite, manifestando vontade opposta.

Dias depois, aquelles individuos, levantando o povo do logar, promoveram o lynchamento de C.

#### **Pergunta-se:**

Pode ser imputada a A. e B. qualquer cooperação no delicto?

#### **Resposta**

Concordo com a conclusão do illustre collega que me precedeu na consulta; mas sinto discordar do fundamento da sua negativa.

Não ha duvida que a A. e B. não póde ser imputado o lynchamento de C.; mas não porque, entre elles e o crime, tivesse tão sómente havido concurso de vontades, e parecer ao meu collega que este concurso só por si não basta para constituir co-delinquencia, como aliás é certo ser essa a lição de Carrara no logar citado.

Depois do sabio autor do *Programma*, a psychologia criminal tem feito verdadeiras revoluções scientificas, até que modernamente a simples suggestão basta para connexar, na imputação criminal, o suggestionador e o suggestionado. Em que peze á autoridade do eminente Charcot e seus sectarios, alguns da superioridade de Brouardel e Gilles de la Tourette, a experimentação já deixou fóra de duvida a verdade da escola de Nancy, cujos principaes defensores não são menos eminentes, como Liébeault, Liageois, Beaunis e, sobre todos elles, o Dr. Bernheim — Vejam-se Bernheim, *Hypnotisme, Suggestion, Psychthérapie*, Paris, 1891, *Léc.* VII; Campili, *Il grande ipnotismo*, cap. IV; Culerre, *Magnetisme et Hypnotisme*, cap. XII; Scipio Sighele, *La folla delinquente*, cap. I., 1º, etc. etc.

Aquelle *convite*, como se diz na consulta, podia bastar para a incriminação de A. e B. O povo, suggestionado, formaria com elles um só agente do crime.

“Une foule, diz Tarde, est un ramassis d’éléments hétérogènes, inconnus les uns aux autres; pourtant, dès qu’une étincelle de passion, jaillie de l’un deux, électrise ce pêle-mêle, il s’y produit une sorte d’organisation subite, de génération spontanée. Cette incohérence devient cohésion, ce bruit devient voix, et ce millier d’hommes pressés ne forme bientôt plus qu’une seule et unique bête, un fauve innommé et monstrueux, qui marche à son but avec une finalité irrésistible.” — G. Tarde, *La philosophie pénale*. pag. 324.

E’ que a multidão, na phrase do mesmo eminente philosopho do direito criminal, tem o poder simples e profundo de um largo unisono.

“Une idée se répand dans les foules, un simple mot: espion, traître, exploiteur du peuple! Les cerveaux se montent... On s’entraîne, on se fanatise! Personne ne songe á contrôler! Cest une passion

aveugle, qui emporte les masses! La brute est déchainée!" — Bernheim, obr. cit., pag. 146.

O phenomeno da suggestão, alimentado pela lei universal e constante da imitação, como diz Max Nordau, um dos mais profundos pensadores contemporaneos, não tolhe de todo a consciencia dos suggestionados, e estes com os suggestionadores, configuram o subjectivismo da co-delinquencia.

Mas si o suggestionador, antes que haja começo de execução, retira a palavra, o gesto ou acto que representava o fio psychologico da co-delinquencia, desaparece a sua responsabilidade pelos actos que subsequentemente o suggestionado praticou, porque desde então este ultimo agiu por vontade propria, posto que provinda originariamente da suggestão.

E' applicação da regra do art. 20 do nosso Codigo Penal, por cuja virtude A. e B. estão isentos de responsabilidade pelo lynchamento havido.

Os doutos decidirão melhor.

*Outubro de 1895.*

#### **LXIV**

— A Companhia de Estrada de Ferro, que indemniza o dono de mercadorias furtadas de seus armazens, não tem acção de furto contra o ladrão.

#### **Consulta**

A, embarcou na Estrada de Ferro Mogyana diversas mercadorias, que foram furtadas. A Estrada de Ferro indemnizou A.

Pergunta-se:

A Estrada de Ferro tem acção de furto contra o ladrão?

## Resposta

— Por dous fundamentos: um de ordem logica, outro de ordem legal, respondo negativamente.

### *Fundamento logico*

Inabalavel é a lição referida por Ulpiano no fr. 1º § 15 D. *Si his qui testamento liber (XLVII, 4) — Scoevola ait, possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri*; isto é, Scoevola diz que é a posse que se furta: por consequencia, nega que possa haver furto quando não ha posse.

A razão é porque, como bem pondera Desjardins (*Traité du vol*, n. 84), effectivamente a propriedade não pode ser furtada.

Ora, a Companhia de Estrada de Ferro não tem a posse das mercadorias que recebe em seus vagões ou armazens; *ad instar* dos trapicheiros, não é mais do que depositaria.

Mas o depositario não tem posse — fr. 3º § 20 D. *de adq. vel amit. pos.* (XLI 2): *Sed si is, qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem*; quer dizer: Mas si aquelle que me depositou ou emprestou uma coisa, m'a vende ou dá, não se poderá dizer que mudei o meu titulo de posse, porque eu não possuia antes. — Savigny, Posses., § 52.

Logo, não pode ter acção de furto contra o ladrão da coisa depositada. Esta acção é do proprietario. Gaio (*Instit.*, III, 207) é expresso a respeito: *furti itaque agere non potest; sed ea actio domino competit*.

### *Fundamento legal*

Na letra do art. 72 Cod. Proc. Crim., a queixa só competia ao offendido, seu pae ou mãe, tutor ou curador, sendo menor, e conjuge;



pelo art. 407 Cod. Pen. só compete á parte offendida ou a quem tiver qualidade para represental-a.

Como se vê, e diz F. Hélié, a queixa é direito personalissimo, e si passa além do proprio offendido, é para que, por elle, exerça-o pessoa que lhe está intimamente ligada.

Ora, a Companhia, como já vimos, não é a parte offendida pelo furto, sinão o dono das mercadorias; mas tambem não tem qualidade para represental-o.

Logo, não tem a *actio furti*.

S. M. J.

*S. Paulo, 5 de Abril de 1893.*

## **LXV**

— Fóra do flagrante, não cabe denuncia no caso do art. 333 Cod. Pen.

— Nem pode ser havido como parte queixosa o escrivão em cujo cartorio estavam os autos dos quaes em parte subtrahiu documentos.

— Nullo é o processo em que taes preceitos não foram observados.

## **Proposta**

O fallido Fulano subtrahiu documentos dos autos de sua fallencia, e tendo o respectivo escrivão delatado o facto, a Promotoria Publica veiu com denuncia, e processou Fulano pelo crime do art. 333 Cod. Pen.

No processo foi aquelle escrivão ouvido como testemunha.

Pergunta-se:

1º) Era caso de denuncia?

2º) Podia o escrivão dar queixa?

3º) No caso negativo, vale o processo havido?

### **Resposta**

Sou de parecer que nullo é todo o processo porque no caso não cabia a acção publica criminal.

O nosso Codigo, que copiou em grande parte, e ás vezes muito mal, o Codigo italiano affastou-se do seu modelo quanto á qualificação e classificação do delicto de que se trata: pois é precisamente este affastamento, de todo o ponto desastrado, que vai proporcionar apoio ao meu parecer.

---

Pelo codigo penal italiano (art. 202), *o acto de subtrahir, supprimir, destruir ou alterar corpos de delicto, autos ou documentos guardados em cartorio publico ou junto de um official publico em razão desta qualidade, constitue crime classificado no Cap. IX — Das subtracções de logares de deposito publico — do titulo III — Dos delictos contra a administração publica.*

Mas o nosso Codigo, em vez de considerar o mesmo crime nesse aspecto, que é o unico scientifico, enquadrou-o no capitulo do *Furto* (art. 333 e seu §); no capitulo paralelo áquelle do codigo italiano, só previu a figura do art. 209 n. 4: *Subtrahir o advogado ou o procurador judicial documentos de qualquer especie, que lhe tenham sido confiados ou deixar de restituir autos que houver recebido com vista ou em confiança* — o que é coisa profundamente diversa da figurada na consulta.

---

Isto posto, e rememorados os canones ou postulados da sciencia acerca do criterio e efeitos da classificação dos delictos

respectivamente á acção criminal (vide, entre outros, Carrara, *Programma*, §§ 1083 e 1685 combinados, e Faranda, *Il titolo del reato*, § 16 *et passim*), conclue-se no sentido da nossa these: tratando-se do crime de furto, não podia o ministerio publico, desde que não houve prisão em flagrante, accionar o supposto delinquente; e assim é porque a delação, que do facto fez o escrivão, não podia ser admittida como equivalente á queixa de que falla o art. 16 da Lei n. 76 de 16 de Agosto de 1892.

— Queixa é a delação do crime feita pelo *offendido ou seu legitimo representante* — Pimenta Bueno, n. 130; só póde dar queixa *a parte offendida ou quem tiver qualidade para represental-a* — Cod. Pen., art. 407; cit. Lei n. 76, art. 16.

Parte offendida se diz daquelle sobre quem cai a força physica objectiva do delicto ou o *damno material* — Carrara, *Progr.*, §§ 57 e 96.

### Ora,

si para haver o crime de furto é indispensavel que haja alguém que seja o *proprietario* da coisa movel *contractada* — conceito este fundamental, porque sem o concurso de um *dominus* e de um *fur*, não ha furto concebivel — Desjardins, *Tr. du Vol.*, n. 76, De-Simoni, *Del Furto e sua pena*, § XIV — a victima da força physica objectiva ou do *damno material* do furto só pode ser o proprietario da coisa furtada — cit. Desjardins, n. 78.

De resto, esta regra está patente na propria definição legal do furto, *in verbis: contra a vontade do dono* — Cod. Pen., art. 330; tanto assim, que o consentimento do proprietario elimina o furto — Carrara, § 2034.

Mas expôr estes principios fundamentaes da sciencia do direito criminal, o mesmo é que excluir o escrivão, delator do facto occorrente, da categoria de parte offendida. Si o nossoCodigo tivesse classificado este crime como fez oCodigo italiano, a parte offendida seria a propria

administração judiciária e não haveria necessidade de queixa: a simples delação do facto criminoso abriria logar á denuncia e mesmo ao procedimento *ex-officio*. Mas constituindo furto, não podia o escrivão ser tido como queixoso porque os autos não são propriedade sua: elle não soffreu damno material algum.

E tanto assim pareceu á propria autoridade processante, que o mesmo escrivão, que ora se dá como queixoso, figurou como testemunha — posições que em hypothese alguma podem concorrer na mesma pessoa.

**Logo,**

e em conclusão, não cabendo a acção publica criminal no caso do art. 333 do Codigo Penal, nem podendo ser havido como parte queixosa o escrivão em cujo cartorio estavam os autos dos quaes a parte subtrahiu documentos, nullo é tudo quanto se processou.

S. M. J.

*Agosto de 1896.*

## **LXVI**

— A prohibição do art. 232 § unico do Cod. Penal só se applica aos tutores enquanto exercem as funcções do cargo.

## **Consulta**

Paulo ha mais de um anno deixou de ser tutor dos menores Carlos e João, tendo prestado as suas ultimas contas, que foram afinal julgadas boas.

O novo tutor, para dar melhor collocação ás legitimas daquelles menores, obteve alvará para vender alguns dos bens que lhes pertencem.

Paulo pergunta si, em vista do art. 232 § unico do Codigo Penal, não lhe é prohibido comprar esses bens.

## Resposta

O Código Penal, no art. 232 § único, proíbe que o tutor haja para si, directa ou indirectamente, ou por algum acto simulado, no todo ou em parte, propriedade ou efeito, em cuja administração ou guarda *deva intervir* em razão do officio — o que comprehende coisa pertencente ao acervo em que o tutelado tenha interesse.

Aquella forma do presente do conjunctivo — *deva intervir* — já era usada no art. 146 do Cod. Crim. de 1830. *Relativamente aos bens DOS PUPILLOS* — dizia o art. 147.

Quer isto dizer que tal figura de malversação só é possível quando o acto é praticado pelo tutor enquanto o é ou no exercício das respectivas funções.

Assim o § 29 da Ord. Liv. 1º tit. 88 dispunha:

“E mandamos que os tutores e curadores não comprem por si nem por outrem bens moveis, nem de raiz, das pessoas, *cujos tutores e curadores forem...*”

E' o principio literalmente escripto no art. 175 Cod. Penal francez *in verbis; dont'il a ou avait, AU TEMPS DE L'ACTE, en tout ou en partie, l'administration ou la surveillance. — ... in que deba intervenir por razon de su cargo*, diz o art. 412 Cod. Pen. hespanhol. — *a respeito das cousas ou negocios em que deverem EXERCER AS SUAS funções*, diz o art. 317 § 2º Cod. Pen. port.

Concordam:

Cod. Pen. italiano, arts. 168, 169, 171, 175; do Uruguay, art. 178; argentino, art. 419; allemão, § 266, etc. etc.

Pois si os elementos constitutivos do delicto são estes: 1º abuso do poder ou autoridade em que ande investido o delinquente; 2º uma especulação ou lucro illegitimo; 3º consciencia desta illegitimidade —

Garraud, *Tr. du dr. pén. français*, III, 255; Rivarola, *Cod. Pen. argent.*, III, 1085 — visto é que eliminado o primeiro elemento pela destituição do cargo ou officio, já não são possíveis ou outros dous, e, portanto, inconcebível o delicto. Como bem diz Pacheco, *El Código Penal*, II, pag. 518, residindo taes delictos no facto do agente, especulando sobre bens cuja administração a lei lhe confiou, como que tratar comsigo mesmo — e dahi o receio e presumpção da fraude — desde que nada mais tenha com taes bens desaparece a razão da lei, e com ella o delicto.

Logo, bem pode Paulo comprar os referidos bens.

Salvo melhor juizo.

## LXVII

— Do estellionato. Idéa e conteúdo des'a figura criminosa.

— Seus elementos objectivo e subjectivo.

— Particularmente da venda de bens especialmente hypothecados a terceiro e de bens alheios como proprios. Circumstancias negativas destas duas figuras.

## Exposição

Antonio celebrou com José uma sociedade agricola, sob a firma Antonio & Comp., por escriptura publica, da qual se vê que, sendo Antonio senhor e possuidor de partes de uma fazenda *pro indiviso* denominada *Pedra Branca*, incorporada na sesmaria *Tatú*, e havidas por compras feitas a diversos, deu-lhes de accordo com José, o valor de 200:000\$000, que ficaria constituindo o capital social. José entraria com a metade em dinheiro, ou 100:000\$000, para assim ficar senhor da metade daquellas terras.

Passado um anno sem que José fizesse a entrada promettida, teve a sociedade de recorrer a operações de credito, contrahindo diversos

emprestimos. Entre estes avultou o de cem contos de réis, contrahido com Vasconcellos, com hypotheca dos bens relacionados na respectiva escriptura.

Vencida a divida, fez o credor sequestro dos bens e propôz, no Rio de Janeiro, fôro do contracto, a competente acção, que ainda está correndo seus termos.

Entremente, insistindo José em não fazer a entrada do capital a que se obrigara, e constituia condição essencial da sociedade, Antonio promoveu a dissolução judicial da mesma sociedade.

Tendo a dissolução sido afinal julgada por sentença, Antonio e sua mulher venderam a Pedro, por escriptura publica, os bens constantes de minuciosa relação, pelo preço de 30:000\$000, e com o pacto *de retrovendendo*, dentro em dez annos.

Dias após a venda, o ex-socio do vendedor deu, contra este e sua mulher e contra Pedro queixa pelo crime de estellionato, allegando:

a) Que a hypotheca de Vasconcellos comprehendera todos os bens havidos antes e depois da celebração da sociedade;

b) Que a venda comprehendera todos os bens sociaes, alguns adquiridos pela firma social;

c) Que Antonio e sua mulher, vendendo taes bens, sem annuencia do credor hypothecario, nem sua, como membro da firma social, a quem pertencem os referidos bens, tiveram o animo de fraudar a execução de Vasconcellos e de o prejudicar, como socio da firma;

d) Que a circumstancia de ser o comprador irmão e cunhado dos vendedores e a de não haver o tabellião presenciado a entrega do preço, constituem o crime de estellionato dos §§ 1º, 2º e 4º do art. 264

do Cod. Crim., combinado com o art. 21 § 1º da L. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871.<sup>1</sup>

e) Que Antonio e sua mulher são autores e Pedro é cúmplice.

—————

Em vista do exposto, e dos autos que a esta acompanham, pede-se que desenvolidamente se responda si ha na hypothese o crime de estellionato.

### **Parecer**

Penso que não será difficil demonstrar a negação objectiva e subjectiva do phantasiado delicto, aldrabadamente levado á conta de Antonio, sua mulher e Pedro.

/

### *Negação objectiva*

1ª RAZÃO. Por factos externos se traduz o crime de estellionato. Na hypothese — venda de bens alheios como proprios; venda de bens especialmente hypothecados a terceiros — a verdade desta proposição é material.

Mas da simples inspecção dos autos resulta a falta do corpo de delicto ou da prova material do crime. Aliás, da sua negação é que ha prova até documental.

Eis aqui:

a) Não ha prova material do delicto, pois que, tratando-se de imputar a venda de bens especialmente hypothecados a terceiro, era imprescindivel a prova da identidade dos bens hypothecados e dos bens

---

<sup>1</sup> Vid. art. 338 do novo Cod. Pen.



vendidos. Mas longe disso, o que ha é a prova de estarem uns e outros situados dentro de uma grande propriedade ainda *pro indiviso*. Quaes foram individualmente os bens hypothecados? quaes descriptamente os bens vendidos? Nem uma linha dos autos nos fornece resposta. Não ha portanto corpo de delicto.

b) Ha, ao envez, prova de inidentidade, pois que, como se vê a fls. 91 da escriptura de venda, os vendedores explicitamente declararam que nella *não se comprehendiam por modo algum as terras, cafesaes e bemfeitorias hypothecadas a Vasconcellos, por escriptura de tantos, nas notas do tabellião Fulano*. Mais não era preciso para excluir a força physica objectiva do phantasiado delicto.

2ª RAZÃO. Mas ainda que não tivesse havido esta ressalva da hypotheca, presumpção de estellionato haveria si os vendedores outros bens não possuissem. Entretanto, está provado por documentos, por testemunhas do quixoso e por confissão deste, que o querelado adquiriu varios bens depois da escriptura de hypotheca. E para prova disto bastava o proprio despacho de pronuncia, que considerou Antonio incurso nos §§ 1º e 2º do art. 264 por haver vendido, *alem dos bens hypothecados*, outros bens sociaes *não comprehendidos na hypotheca*, sem annuencia do queixoso seu socio.

Alem desta prova, mais se vê dos autos que, feito o sequestro pelo credor hypothecario, foi elle levantado na parte em que, sobre embargos de Antonio, continha excesso ou estava fóra da hypotheca; occorrendo mais que, entre os bens cujo sequestro se levantou, foram incluidas as partes de terras compradas posteriormente á hypotheca, bemfeitorias e outros instrumentos de lavoura, tudo dentro da area hypothecada.

Não houve, portanto, venda de bens especialmente hypothecados a terceiros.

3ª RAZÃO. Até aqui quanto á supposta venda de bens hypothecados a outrem. Agora quanto á tambem supposta venda de bens alheios como proprios.

Ainda nesta parte a queixa fica sem objecto.

Dado, mas não confessado, que o queixoso ainda é socio da firma Antonio & C.<sup>a</sup>, e que todos os bens adquiridos por Antonio, posteriormente á celebração da sociedade, entraram para o patrimonio social, nem assim houve venda de bens alheios como proprios.

Si com relação ás sociedades commerciaes, que são pessoas juridicas, cujo patrimonio se considera independente da pessoa dos socios (Fremery, *Etud. de droit comm.*, pag. 30; Vincens, *Expos. comm.*, I, 297; Marcadé, ao art. 529, Cod. Nap.; Demolombe, IX, 415; Demangeat a Bavard, I, 174 nt. 1. etc., etc.), de modo que estes nem co-proprietarios são do fundo social, o qual juridicamente pertence só á so-ciedade, e se depreheende do art. 292 do nossoCodigo Commercial, por cuja disposição sómente os fundos liquidados dos socios, e taes são os que ficam depois de solvidas as obrigações sociaes, é que respondem pelos debitos particulares de cada qual delles; si com relação a taes sociedades, a venda de qualquer effeito social sem consentimento dos socios não constituiria o crime de estellionato sinão depois que, pela liquidação da casa commercial, se fizesse certo o desfalque e seu motivo, consoante julgado da Relação do Rio, de 5 de Setembro de 1876 (*O Direito*, XI, 730), com relação ás sociedades civis, e desta classe são as sociedades agricolas (o que ninguem contesta e adiante se demonstrará), menos é possivel cenceber a existencia do inculcado estellionato.

Com effeito, si quando a sociedade tem individualidade propria e independente da dos respectivos membros, é a propria sociedade, mas não estes, quem adquire e possúe, não hão de ser as sociedades civis, porque em regra não constituem pessoas juridicas (Vauthier, *Etude sur les*

*person. morales*, pag. 395; Laurent, *Dr. civil*, XXVI, 181 e *Dr. civ. intern.*, IV, 79; Mazzoni, *Instituz.*, VI, pag. 115-118), são os socios, quem tem a propriedade dos bens sociaes. "São os socios, diz Laurent, quem adquire e possui em *commum* e *pro indiviso*, os bens que constituem o patrimonio social." Loc. cit., n. 182.

Logo, Antonio ainda nesse caso não teria vendido bens alheios como proprios. A relação de direito que porventura nascesse do abuso que Antonio fizesse da sua posição de socio, pertenceria a outra ordem de figuras juridicas, que pela acção *pro socio* o queixoso ventilaria e liquidaria.

4ª RAZÃO. A circumstancia de se conservarem até hoje *pro indiviso* todas as terras da sesmaria *Tatú*, da qual faz parte a fazenda de Antonio, tambem, e portanto *pro indiviso*, tanto que ainda pende de appellação a sentença que lhe julgou as divisas, só por si excluiria a hypothese do estellionato.

Com effeito, desde que na propriedade *pro indiviso* a quota-parte de cada co-proprietario comprehende cada parte material da coisa *commum*, sendo, como é, na expressão de Van Wetter, uma propriedade parcial de toda a coisa, por mais consideravel que seja a quota-parte de um dos co-proprietarios não lhe confere direito absoluto sobre nenhuma parte material da coisa *commum*. *Et ait*, refere Ulpiano que Celso filho dissera no liv. 6º do Digesto, *duorum quidem in solidum dominium, vel possessionem esse non potest: nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere*.

Isto posto, não sabem o credor hypothecario e o comprador, aquelle, qual é a quota-parte sobre que precisamente recai o seu direito real, este, qual a que determinadamente fez objecto da compra. Tanto assim é, que a sentença que afinal julgar as divisas de cada heréo confinante póde estabelecer outros differentes das que hoje os co-

proprietarios consideram suas, e a hypotheca e a compra recairão sobre outras partes que não as actuaes.

Portanto, e mais uma vez, falta o corpo do pretendido delicto, quer dizer, o estellionato duplamente imputado não tem ainda certo o corpo sobre que se apoie a força physica objectiva do delicto!

5ª RAZÃO. O pacto *de retrovendendo*, adjecto á escriptura pela qual Antonio vendeu a fazenda a Pedro, é prova positiva da negação objectiva do delicto imputado.

Realmente, o pacto *de retrovendendo* é uma condição resolutoria, cujo effeito, realizada a condição, é repôr as coisas em seu estado primitivo, resolvendo-se a venda como si nunca houvera existido. E' por isso que a generalidade dos escriptores francezes, com excepção de Aubry e Rau e Grenier (vid. Laurent, XXIV, 302), ao inquirirem si o vendedor conserva algum direito sobre a coisa vendida enquanto pende a condição, e de parte a maior ou menor divergencia quanto á extensão dos direitos que o comprador adquire, chegam todos á seguinte conclusão, bastante ao nosso intuito: que durante o lapso do tempo que o vendedor se reservou para resolver o contracto, não ha proprietario definitivamente certo nem propriedade permanentemente definida.

Foi por isso que, ao se discutir o art. 1660 do Codigo Napoleão, que limitou a cinco annos aquelle prazo, dizia Portalis: — *Le bien public ne comporte pas que l'on prolonge trop une incertitude que ne peut que nuire à la culture et au commerce* — e o proprio Grenier dizia que — *l'intèrêt public s'oppose à ce que les propriétés restent pendant longtemps incertaines et flottantes*: — Foi ainda pela mesma razão que o art. 1262 do dito Codigo dispôz que — *Faute par le vendeur d'avoir exercé son action de réméré dans le terme prscript, l'acquereur demeure PROPRIÉTAIRE IRREVOCABLE*.

Por mais extravagante que á primeira vista pareça a doutrina, por suppôr possível a co-existencia de duas propriedades sobre a mesma coisa, é todavia verdadeira perante os principios que regem a materia das condições no Direito das Obrigações, e a mais autorizada corrente de escriptores a perfilhou e ensina — Delvincourt, III, 154; Roland de Villargues, *Répert. du Notaire*, v. Réméré, n. 60 e segs.; Duranton, IX, 288; Troplong, *Priv. et Hypoth.*, II, 469, e *Vente*, II, 698, 749 e segs.; Pont, *Priv. et Hypoth.*, n. 639 e 1286; Larombière sobre o art. 1181 n. 8; Demolombe, XXV, 409 e segs.; Laurent, loc. cit.; e muitos outros.

Demolombe, naquelle seu estylo sempre incisivo e brilhante, assim se exprime: “Deux droits, il est vrai, dont la coexistence définitive est impossible, et dont l’un ruinera certainement l’autre, suivant que la condition s’accomplira ou ne s’accomplira pas. Mais tant que la condition n’est ni accomplie, ni défaillie, ils n’ent sont pas moins là, tous les deux, en même temps, face à face, sur la chose.”

Applicada a doutrina á hypothese, em puro dominio do direito criminal, a conclusão é, que a clausula *de retrovendendo* exclúe o estellionato. Que delicto é esse, cuja força physica objectiva reside em uma relação de direito de natureza condicional? Como estellionato, si a venda, que se diz feita de bens especialmente hypothecados a outrem e de bens alheios como proprios, é revogavel? si o vendedor não alheou de si plenamente o seu dominio, que apenas está sujeito a uma condição resolutoria? O delicto só é perfeito quando se dá a violação actual e completa do direito protegido pela lei penal: mas onde essa violação assim caracterizada, si estava nas mãos do vendedor aniquilar o supposto objecto do delicto, operando á resolução da venda pela restituição do preço? Delicto consummado, mas que pôde ficar sem objecto eis que o queira o delinquente, seria um absurdo em direito penal.

//

*Negação subjectiva*

Si a força moral subjectiva de qualquer delicto, salvas algumas excepções que a sciencia estabeleceu e os codigos formalisaram, tem seu momento genetico no dolo criminal, quer dizer na intenção de proceder contra o preceito da lei penal — Carmignani, *Elementa juris crim.*, § 106; ou, no dizer de Carrara — *Opuscoli*, I, 293 — na intenção de violar a lei penal, sabido é que, relativamente ao crime de estellionato, este elemento de todo delicto tem figura especial, universalmente recebida. Como disse Cujacio — *Observ.*, XX, 26, *stellionatum esse imposturam et dolum omnem qui peculiari suo nomine vocat.* — Vid. Renazzi, *Elem. jur. crim.*, pars I, *De Stellionatu*, cap. XIV.

Esta figura especial do dolo no crime de estellionato se representa pela fraude aparelhada, como se exprime Mittermaier, em actos de simulação ou de dissimulação, tendentes a enganar ou illudir o animo de terceiros.

E' ponto incontroverso. Não ha estellionato sem que o autor colha por manobras fraudulentas a credulidade daquelle contra quem é commettido. Fraude especial, que assenta, como se exprimem os criminalistas francezes, nesta parte acceitos pelo sabio Carrara (*Program.*, § 2345), em uma *mise-en-scène* maliciosamente concebida e posta em pratica.

Nas seguintes linhas de um famoso advogado italiano, deixamos perfeitamente caracterizada esta especie peculiar do dolo.

“Cosa è infatti la frode? E' il dolo nel pieno sviluppo, l'arte perfezionata di soffocare ogni grido della coscienza, e di nascondere il massimo grado di malvagità sotto collorite figure di bene, di prodigalità, di amore. L'arte veramente infernale di bravare le leggi ordendo nelle tenebre le trame di un ingano, che legano la vittima senza farle conoscere chi l'avvinse.” Vito Rizzuto, *Sulla frode punibile*, *Arch. Giurid.* de Serafini, XXVI, 507.

Nem se pretenda, descendo dos principios scientificos para as disposições literaes do nosso codigo, que só a figura do estellionato descripta no § 4º do art. 264<sup>1</sup> está subordinada a elles. Não. Os quatro paragraphos deste artigo são outras tantas figuras de um mesmo delicto considerado em sua força moral subjectiva, como aliás se depreheende do principio do artigo; tanto que não só o § 4º começa pela expressão — Em geral todo e qualquer artificio fraudulento etc. — indicando que nos paragraphos anteriores figuraram certos e determinados artificios fraudulentos especiaes, como as fontes historico-legislativas do crime são positivas em subordinar áquelles principios as outras figuras do art. 264. Assim Ulpiano, no frag. 3º § 1º *stellionatus* (XLVII, 20) diz explicitamente: *si quis fortè rem alii obligatam, dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit, vel permutaverit vel in solutum dederit, nam hoe omnes species stellionatum continent*; assim ainda a Ord. L. 5º, tit. 65 chamava ao estellionato *burla* — que significa *fraude, engano, trapaça*, de *burlar* — *zombar* de alguém, ser *velhaco* para com alguém, e definia as differentes hypotheses do nosso art. 264. O que os romanos chamavam *animus* ou *affectus furandi* — Desjardins, *Trait. du vol*, n. 110 no — constituia e constitue o estellionato.

Consultando os codigos estrangeiros, vêmos em alguns figurar terminantemente esta especie singular de ganancia como elemento subjectivo do estellionato nas hypotheses dos primeiros paragraphos do nosso art. 264. Assim:

Cod. portuguez, art. 450 § 4º: — O que de qualquer modo alhear como livre uma cousa especialmente obrigada a outrem, *encobrando maliciosamente a obrigação*;

Cod. hespanhol, art. 550: — El que *fingiéndose* dueño de una cosa inmueble la enajenare, arrendare, gravare ó empeñare etc.

<sup>1</sup> E' hoje o n. 5 do art. 338 Cod. Pen.

Cod. allemão, § 263 : *Aquella que, no intuito de proporcionar a si ou a terceiro um lucro illicito, alterando ou dissimulando factos verdadeiros etc;*

Cod. toscano, art. 404, let. c.: *chiunque dolosamente aliena a due diversi acquirenti lo stesso immobile od aliena o ipoteca come libero, un immobile vincolato etc., etc.*

A fraude assim definida é o criterio, a condição visceral do estellionato. — *Lo estellionato è il delitto, la frode ne é l'estremo essenziale* — Carrara, Program., § 2338.

Consequencia necessaria deste principio é, que a força moral subjectiva do crime de estellionato tem seu nexu ideologico na relação immediata e directa estabelecida entre o autor do delicto, que é aquelle que, na hypothese dos autos, occulta a condição gravosa da propriedade que pretende vender, dissimulando a hypotheca preexistente, e a victima ou o comprador, que então illudido pela malicia do primeiro, compra na convicção de que a propriedade lhe é transferida livre e desembargada.

A victima desta especie de estellionato não pode ser o credor hypothecario, cujo direito subsiste com os seus consecutarios juridicos, que são o direito real de preferencia e de sequella. *O jus pignus persequendi* deixa incolume o direito do credor. Só o comprador pode e só *eventualmente*, ser o prejudicado; e dizemos só eventualmente porque, si chamar á autoria o vendedor, deve este indemnizal-o, prestando-lhe a evicção segundo as regras do direito commum. O conselheiro Ferrão, *Comment. ao Cod. Pen. Port.*, vol. 8º, pag. 126, chega a dizer, que nesta especie — “o damno é incerto, eventual, e assim mal pode fazer objecto de incriminação” —

O comprador é, portanto, eventualmente a unica victima do delicto. E', pois, essencial que o vendedor, pondo-se em contacto directo com o comprador, *mentindo*, na synthese expressiva de Morin e de



Carrara, obtenha delle um consentimento nullo porque partiu de erro — *errantis nullus est consensus*.

Na formula da escolastica franceza, a *mise-en-scène* completa o *elemento subjectivo* e o *elemento objectivo* da criminalidade. “Completa lo elemento soggettivo, ensina o citado Carrara, perchè mostra una maggiore astuzia, una maggiore pertinacia di reo volere, un uomo più temibile alla società. Completa lo elemento oggettivo perchè le apparenze esteriori architettate per acreditare la parola mendace rendono più scusabile la credulità della vittima, e aggiungono al fatto un danno mediato che non sorgerebbe a riguardo di chi avesse creduto alie nude parole del primo arrivato.”

---

Firmadas estas regras, que para Carrara estão entre *i cardini del diritto penale*, tiremos dos autos as razões que excluem, na *hypothese*, o elemento moral subjectivo do delicto imputado.

1ª RAZÃO. A propria accusação conjuncta contra Antonio e Pedro; contra o primeiro como autor por ter vendido, contra o segundo como cúmplice por ter comprado bens especialmente hypothecados a outrem, basta para photographar a extravagancia de tão disparatado estellionato.

Estellionato commettido por dous reos, dos quaes um é autor e o outro... victima! A victima cúmplice do autor!! Por outra — estellionato sem sujeito passivo, porque aquelle unico que pode vir a ser prejudicado, não é a victima porque é cúmplice do sujeito activo do delicto!!! E’ um rosario de disparates.

Infructuoso é procurar a força subjectiva do delicto. Nem o vendedor empregou fraude para illudir o comprador, nem este podia ser illudido uma vez que, segundo a queixa, concorreu como cúmplice na consummação do phantasiado estellionato.

Que estrambotico estellionato então é esse? Que fraude é essa, quando mesmo na hypothese de estarem comprehendidos na venda os bens hypothecados a Vasconcellos, só viria Pedro a ser o prejudicado? Sophisma, astucia, *calliditas* contra quem? Contra o credor, não; que ficava elle com os seus direitos salvos sobre os bens gravados *usque ossibus*; contra o queixoso, ainda menos, como dentro em breve haveremos de demonstrar; logo, e logicamente, só contra o comprador, aliás accusado como cumplice!

2ª RAZÃO. E' corrente que a figura do estellionato definida no § 3º do art. 264<sup>1</sup> — hypotheca especial da mesma coisa a diversas pessoas — perde a natureza de crime sempre que aos credores posteriores se faz conhecida a existencia das anteriores hypothecas.

— “In questo caso, ensina o eminente Carrara, vi é pochissimo danno mediato, poichè potendo dai pubblici registri rilevarsi le condizioni ipotecarie di un fondo, deve sempre imputare a se stesso chi pretermise le opportune verificazioni e fu corrivo a credere alle parole altrui.” *Programma*, § 2353. — Vid. o já cit. fr. 3 § 1º D. *Stellionatus* (XLVII, 20), *ibi*: *dissimulata obligatione — per calliditatem*; Maynz. *Dr. rom.*, § 246; Murlon, n. 1197.

Si antes da nossa lei hypothecaria de 1864, esta doutrina só poderia ser acceita com segurança quando o denunciado provasse que os segundos credores sabiam da existencia das hypothecas anteriores, depois que aquella estabeleceu, pela inscrição e registro, a publicidade das hypothecas, fóra de duvida e que deve ella ter segura applicação. Tal é o parecer de Lafayette, na nota 6 ao § 255 do *Direito das Coisas*: “Si o credor acceita a hypotheca sobre o immovel já gravado de outra hypotheca, é porque quer e não porque se deixasse illudir. Desapparece, pois, o elemento moral do delicto. *Nemo videtur fraudare eos qui sciunt et consentiunt*”.

<sup>1</sup> Art. 338 n. 3º do Cod. Pen. de 1890.

Mas que dizer quando, como na hypothese, além do registro, o vendedor na mesma escriptura declara a existencia de uma hypotheca em partes de terras da fazenda cujas outras partes vendia?

3ª RAZÃO. A qualidade de conjunctos entre o vendedor e o comprador é mais uma prova da negação subjectiva do imputado estellionato.

Com effeito, si a força moral subjectiva deste delicto tem seu genesis nas machinações fraudulentas do vendedor, empregadas directamente sobre o animo do comprador, o qual illudido, convém no contracto que só a si pode prejudicar, pretender, para constituir o crime, que o comprador, por ser conjuncto do vendedor, não podia ignorar a condição gravosa dos bens vendidos, é ao mesmo tempo negar a existencia da fraude essencial nesta classe de delictos.

Tão desvairado é o disparate que nem ha como lhe fazer a critica.

#### *Em conclusão*

a) Não tendo havido venda de bens especialmente hypothecados a terceiro, nem de bens alheios como proprios;

b) nem minimo emprego de fraude, aliás explicitamente excluida da propria escriptura de venda e da propria accusação quando considera autor e cumplice o vendedor e o comprador —

sou de parecer que a queixa não passa de extravagancia juridica.

#### *///*

#### *Outro aspecto da questão*

Penso mais que o processo é nullo, porque a queixa foi dada por pessoa illegitima.

A queixa só compete á pessoa offendida ou a quem legitimamente a representa — Cod. Proc. Crim. art. 72<sup>1</sup>. Mas o queixoso não foi o offendido nem é representante deste, que só pode vir a ser o proprio querelado Pedro! *Abyssus abyssm invocat*.

Na queixa allega José que o intuito de Antonio e de Pedro, vendendo e comprando bens hypothecados a terceiro e bens sociaes de Antonio & C.<sup>a</sup>, foi o de fraudar a execução do credor hypothecario e prejudicar a elle queixoso como socio daquela firma. — *Aonde pára o capital do queixoso? Aonde está a garantia de Vasconcellos?*

De taes topicos da queixa bem se vê que a illegitimidade do queixoso, quanto ao supposto estellionato pela venda de bens hypothecados a Vasconcellos, é palpavel: si por ventura, contra o que ficou expellido, este pudesse ser considerado offendido, só a elle competeria queixar-se.

Portanto, a questão só cabe quanto a outra parte da accusação — venda dos bens sociaes.

### §

Já se viu ser impossivel o crime do § 1º do art. 264 na venda feita por um dos socios, sem consentimento dos outros, de bens pertencentes a uma sociedade civil. A queixa nesta parte não tem razão de ser. Entretanto, para levar até o fim o penoso sacrificio de analysar este monstruoso processo, mostremos que o queixoso, ainda por outras razões, é parte illegitima.

a) O queixoso já não é socio da firma Antonio & C.<sup>a</sup>

Que as sociedades agricolas pertencem á classe das sociedades civis, não ha, como ja dissemos, quem conteste. Os agricultores não são commerciantes; os bens immoveis, sobre que

---

<sup>1</sup> Cod. Pen. art. 407 § 1º

exercem as operações da agricultura, não são materia habil para os actos de commercio — Cipelli, *Atti di Commercio*, § 18; na actividade do agricultor não apparece o elemento da mediação, essencial na caracterização das figuras mercantis — Beslay, *Des commerçants*, n. 15 e 16. Este ponto é incontroverso na doutrina e na jurisprudencia — Orillard, *Competence des Tribunaux de Comm.*, n. 270; Dalloz, *Répert.*, vº *Act. de comm.*, n. 29 *et passim*; Rev. n. 6215 de 25 de Junho de 1862, na *Jurispr. dos Trib.*, pag. 28.

Sendo uma sociedade civil a de Antonio e José, é regida pela Ord. Liv. 4º tit. 44 cujo § 8º dispõe que a sociedade pode dissolver-se antes do tempo do contracto *si deixa de ser cumprida alguma condição* — o que é puro consecretario dos principios geraes — Laurent, XXVI, 401 e 402; Dalloz, 1858, 2, 115.

Ora, José, o queixoso, nunca fez sua entrada de capital.

Logo, Antonio podia promover, como fez, a liquidação judicial (para Laurent, n. 394, até sem figura ou forma de juízo) da mesma sociedade.

E, pois, posto fóra da sociedade por sentença que passou em julgado, sem minima parcella de direitos sobre as terras em questão, porque nunca pagou o preço a que se obrigára, que interesse representa o queixoso? que prejuizo teve?

b) Mas supponhamos que José ainda é socio da firma Antonio & C.<sup>a</sup>

Si os bens vendidos por Antonio foram os mesmos que estavam hypothecados a Vasconcellos, ainda uma vez não será o queixoso o offendido. Exgottada ficou a demonstração deste ponto.

Si foram bens adquiridos posteriormente á hypotheca, e, portanto, nella não estão comprehendidos — L. de 24 de Setembro de

1864, art. 4º<sup>1</sup> — taes bens ou são sociaes ou não. No primeiro caso, não só não haveria estellionato, segundo já ficou demonstrado, como si por hypothese houvesse, o offendido seria o comprador, nunca o queixoso, que pelas acções competentes restabeleceria os seus direitos. No segundo caso, nada teria elle que vêr com a venda.

Em qualquer hypothese, portanto, o queixoso é pessoa illegitima; e o processo não pode proseguir — Acc. da Relação da Bahia, de 28 de Julho de 1874. (*O Direito*, V, 688).

Salvo melhor juizo.<sup>2</sup>

S. Paulo, 1882.

## LXVIII

— Criterio legal differencial entre a calumnia e a injuria.

— Calumnia é a falsa imputação de qualquer crime. Injuria é a imputação de factos não criminosos ou de vicios ou defeitos offensivos da dignidade e boa fama.

— Para haver pluralidade de delictos preciso é que, á pluralidade de acções, preceda pluralidade de resolução e se haja violado uma ou mais leis da ordem criminal.

— Dá-se o delicto continuo quando, havendo unidade de lei e de resolução criminosa, o criminoso reitera a pratica de actos violadores do mesmo direito protegido pela lei penal.

— Para haver compensação de injurias é indispensavel a prova das injurias compensandas.

— O socio gerente de uma firma commercial tendo, pelo contracto, qualidade para a representar, pode dar queixa e perseguir criminalmente o offensor da firma.

---

<sup>1</sup> Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 4º.

<sup>2</sup> Antonio e Pedro foram ao jury e condemnados. Na appellação, que tomou o n. 978, reproduzimos, com outras, as razões deste parecer. Por accordam de 6 de Novembro de 1883, a Relação de S. Paulo annullou o processo.

### **Expõe-se:**

— O commerciante Ticio, com o fim de desconsiderar a *B C* — firma social da mesma praça e com o mesmo genero de negocio, tem assoalhado, por toda a parte, que *B C* não está mais em condições de pagar o que deve: — que está arrebetada, e que, por isso, a fallencia mui brevemente lhe irá trancar as portas; que seus fornecedores já lhe não fiam mais cousa alguma, assim como lhe não remettem mais mercadorias etc., etc.

*B C* ignorando tudo isto, em certo dia recebeu de um de seus fornecedores de fóra do paiz, o qual também o é de Ticio, carta declarando, terminantemente, rompidas todas as relações commerciaes entre ambos e cessação completa da remessa de mercadorias ultimamente feita, salvo renovando *B C* o seu pedido por intermedio de Ticio.

Só então *B C* veio a saber da campanha de atroz diffamação que lhe movia Ticio; assim como que aquella carta, era já um dos mais infaustos resultados d'esses aggravos á sua honra; pretendendo o seu offensor, ainda por esse meio indigno, vêr-se livre da sua concorrência, para se tornar o unico importador da materia que fazia objecto do commercio de ambos.

Desde que Ticio lhe não imputou factos que a lei qualifica crime — porque a fallencia só o é depois de regularmente qualificada — ; mas, factos que profundamente feriram o seu decoro, a sua honra, a sua reputação commercial, *B C* deu queixa contra elle, pelo crime de injuria, conforme o § b do *Art. 317 do Cod. Penal*, e provou o seu allegado exhuberante e copiosamente, tanto com testemunhas que repetiram, por terem sido presenciaes, os conceitos deprimentes que Ticio conclamou contra a sua probidade, como com documentos. Ticio, em defesa, disse apenas que *B C* para molestal-o buscou desconsideral-o commercialmente, attribuindo-lhe actos que, alem de não verdadeiros, eram injurias. Mas,

nem suas testemunhas declaram terem ouvido que *B C tivesse em qualquer tempo trocado injurias com Ticio*, nem isso está escripto em seus documentos e nem d'estes isso se infere. Assim, igualmente omissas as suas provas, sobre ter *B C* retribuido, com outras, as injurias de Ticio, *B C* não processou a Ticio perante a vara criminal, em cujo districto móra, conforme o *Decrt. Est. n.º 135 de 19 Dezembro de 1892*; porém o fez, ante outra das que, como aquella, têm no crime jurisdicção cumulativa, sobre toda a Comarca, em que ambos residem.

A queixa foi, afinal, julgada improcedente pelo seguinte:

1º — Porque as testemunhas da A., não se referindo a um dia seguramente certo e determinado, isso fez crêr que Ticio proferiu as injurias em tempo e logares diversos; e assim que commetteu tantos crimes de injuria quantos foram os depoimentos; e, como n'este caso para cada facto ha uma testemunha, segue-se que o crime não ficou provado porque: — *testis unus, testis nullus*.

2º — Porque as injurias se compensam na hypothese de se poderem reunir os factos em um só, e, como tal os depoimentos, em vista do que narram as testemunhas e documentos do querelado (*sic*).

### **Pergunta-se:**

1º — O crime commettido por Ticio é de injuria ou de calumnia?

2º — Quando o criminoso procede como Ticio — fazendo uma pluralidade de acções, as quaes se prendem por um laço invisivel, consistente na identidade de causa, de objecto e de intenção, não ficam ellas reduzidas a uma unidade juridica, porque o crime é *continuado*, ou, pelo contrario, ha tantos delictos quantas as acções?

O dolo é divisivel?



3º — Pode-se declarar que ha compensação de injurias fóra do caso expresso no *Art. 322 do Cod. Penal*; isto é, quando não se provou, nos autos, que A e R, se injuriaram reciprocamente?

4º — Em face da disposição do *§ 1º do Art. 407 do Cod. Penal* que ampliou a do *Art. 78 do Cod. do Proc.*, estatuinto que a *queixa pode tambem ser dada por quem tiver qualidade para representar a parte offendida* — uma firma social, por meio do seu socio gerente, o qual pelo contracto tem qualidade para represental-a em juizo, pode dar queixa e perseguir criminalmente o seu offensor?

5º — Repugna hoje, no dominio d'aquelle *Art. 407 e § 1º do Cod. Penal*, que alteraram o *Cod. Proc.*, no art. indicado, e mais o *Art. 92 da Lei da Reforma de 3 de Dezembro* que o juramento da queixa seja prestado pelo socio que tem qualidade necessaria, pelo contracto, para representar a firma social?

6º — E' nullidade não ter sido a queixa proposta e processada ante a vara indicada pelo *Decr. do Estado de 1892*, n'uma Comarca em que todas as varas têm jurisdição cumulativa no crime?

### Resposta

#### 1º

Na diversidade da natureza da imputação feita está o criterio legal differencial entre a calumnia e a injuria.

Ao tempo do *Codigo Criminal de 1830*, consistia a calumnia na falsa imputação de um *facto que a lei houvesse qualificado criminoso e em que tivesse logar a acção popular ou procedimento official de justiça*; a injuria, na imputação de um *facto criminoso não comprehendido nesta ultima classe ou na imputação vaga de crimes ou vicios sem factos especificados, ou que pudessem expôr ao odio ou desprezo publico ou prejudicar a reputação de alguém* — art. 229 e 236.

Modificando este systema, faz o Codigo de 1890 consistir a calumnia na falsa imputação de *facto qualificado crime pela lei*, sem mais distincção entre ser de acção publica ou de acção privada; a injuria, na imputação de vicios ou defeitos, com ou sem factos especificados, ou de quanto possa ser offensivo da reputação, decoro ou honra — arts. 315 e 317.

— Calumnia é a falsa imputação de qualquer crime. Injuria, a imputação de factos não criminosos ou de vicios ou defeitos offensivos da dignidade e boa fama.

São, pois, elementos da calumnia:

- a) falsidade da imputação,
- b) de certo e determinado crime.

Ora, que facto ou factos foram falsamente imputados á firma commercial queixosa? Da consulta se vê que foram somente estes: a) más condições financeiras, não podendo pagar o que deve; b) fallencia imminente.

Mas nada disto é crime qualificado em lei. A fallencia, salvo de corretor ou de agente de leilão, é simplesmente o estado do commerciante que suspendeu pagamentos; na banca-rota, que é crime, só incide o fallido que fôr judicialmente convencido de fraude ou culpa mercantil — Cod. Pen., art. 336. Em uma palavra: Fallencia não é crime, como o não é deixar de pagar o que se deve.

Mas si, na frase de Carrara, a honra faz parte do patrimonio natural do homem (*Program.*, § 1702), e é direito seu, no credito do seu estabelecimento tem o commerciante a propria honra, e a força protectora de seu nome e productora das vantagens commerciaes de sua profissão.

Portanto, no procedimento de Ticio contra a firma B C concorrem os elementos psychologicos e extrinsecos do crime de injuria definido no art. 317 let. b) Cod. Pen.

2º

Posto que construída sobre razões aparentemente subtis, é de precisa e facil comprehensão a theoria do *delicto continuo*, exclusiva da idéa de *pluralidade de delictos*.

Pode haver pluralidade de acções criminosas, cada qual commettida em logar e tempo differente e separado, sem que haja só por isso pluralidade de delictos. Para que esta se dê, preciso é que, á pluralidade de acções, preceda pluralidade de resolução, e se haja violado uma ou mais leis da ordem criminal. Donde se segue que, havendo unidade de lei e de resolução criminosa, dá-se a figura do *delicto continuo* si o criminoso reiterou a pratica de actos violadores do mesmo direito protegido pela mesma prescripção da lei penal — Carrara, obr. cit., § 526 — sem que taes actos, por maior que seja a respectiva serie, constituam outros tantos crimes. A unidade de concepção, de resolução e de fim traz comsigo a unidade do delicto — Garraud, *Dr. Pén.*, I, n. 91.

Isto posto, não pode soffrer duvida que, na hypothese da consulta, Ticio commetteu um delicto unico, qualquer que fosse o numero de vezes em que assoalhou aquelles conceitos sobre a firma queixosa.

Neste ponto, o que se refere do despacho que julgou improcedente a queixa, seria uma *extravagancia juridica* si antes não parecesse *pilheria*.

3º

Tambem é sem duvida que, para haver logar á compensação de injurias, é indispensavel a prova, feita pelo querelado, de o ter o querelante tambem injuriado. Nem se poderia operar a extincção das

acções de um contra o outro — e tal é, de mais, o fim da compensação — si cada uma dellas não ficasse provada — Carrara, *Opuscoli*, vol. III, *Compensazione delle ingiurie*, n. XI; Eug. Florian, *La teoria psych. della diffamaz.*, ns. 53 e segs.

Portanto, não pode Ticio se socorrer do art. 322 Cod. Pen. si não produziu prova plena de haver sido injuriado por algum dos socios componentes da firma queixosa.

4º

Tenho como certa a affirmativa, e assim tem sido julgado. E si ás vezes, em face do art. 72 Cod. Proc. Crim. se julgou negativamente, taes julgados nunca me pareceram justificaveis. Hoje, porém, cortada ficou toda a duvida pela locução — *quem tiver qualidade para represental-* a (a parte offendida) do art. 407 § 1º Cod. Pen.

Pretender que a queixa deva ser assignada por todos os socios, é fazer uma exigencia ultra-legal.

5º

Como consequencia da resposta anterior, parece incontestavel a negativa.

6º

Penso hoje negativamente:

a) Porque as nullidades são *stricti juris*, e não ha disposição nenhuma que decrete aquella pretendida nullidade. O Dec. estadoal n. 135 de 17 de Dezembro de 1892, modificando o art. 7º do de n. 123 de 10 de Novembro anterior, apenas dispôz que aquella *preferencia*, a que se referia o dito artigo 7º, devia ceder á conveniencia de se attender á melhor e mais equitativa distribuição do serviço criminal pelos juizes de

direito da capital do Estado; o que não equivale a annular um processo que correu perante este e não perante aquelle juizo.

b) Porque o processo de que se trata podia correr em qualquer dos juizos criminaes, por isso que qualquer dos districtos criminaes da capital pode ser havido como fôro do delicto, e este é sempre competente — art. 160 § 3º Cod. Proc. Crim.

Este é o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 20 de Outubro de 1901.*

## LXIX

— Distinccão entre calumnia e injuria. Caracteristicos de cada qual destes delictos.

— Das dirimentes:

a) *animus retorquendi*;

b) *animus defendendi*;

c) *exceptio veritatis*.

## Exposição

### *1ª Parte*

Domingos, referindo-se ao chefe de certa repartição, publicou n' *O Estado de S. Paulo* as seguintes expressões: Fulano é *um venal ou coisa muitissimo equivalente*.

Tendo Fulano dado queixa pelo crime de calumnia, quer se saber si realmente na ali o crime de calumnia ou si não haverá o de injuria?

## 2ª Parte

A publicação do artigo em que se contém aquellas palavras foi impulsionada pela reacção do querelado contra o acto de sua demissão de engenheiro de 1ª classe daquela repartição, acompanhada de qualificativos que lhe mancharam o nome e a fama, taes como *irresponsavel infeliz, perverso ou desequilibrado, sob a acção de mania perseguidora*, e outras provocações constantes do memorial junto.

Em vista do que, quer se saber si, quando houvesse calúnia ou injúria, taes provocações e impropérios não bastariam para por completo derimir o crime?

## Resposta

### 1ª Parte

Dado, *si et in quantun*, que haja crime, este não é o de calúnia, mas o de injúria.

Facil tarefa é demonstral-o, e o faremos pela doutrina, pela legislação e pela jurisprudencia.

### Pela doutrina

Thomasio, em suas *Dissertationes*, tom. 5º dissert. 3, *de actione injuriarum*, escavando nas antiguidades juriicas romanas, mostra que a palavra *injuria* é uma das que mais modificações technicas experimentaram na jurisprudencia. Ao principio nenhum vocabulo teve significação tão lata: comprehendia tudo quanto se praticava sem direito — *quid quid non jure fit*.<sup>1</sup> A *actio injuriarum* protegia a victima de qualquer acto que não constituísse delicto nominado. Era, no direito criminal, o que, no direito civil, era a *actio in factum* — Vêde Keller, *Action.*, § XXXIII.

---

<sup>1</sup> Dig. fr. 1º *de inj. et fam. lib.* (XLXVII, 10).

Mas consoante a suprema lei spenceriana, pouco a pouco se foi especializando aquelle conceito, até que chegou a só comprehender os actos offensivos da honra. Então se definiu a *injuria: dictum vel factum in alterius contemptum prolatum*. Tissot, *Le droit pénal*, 2º vol., pag. 89. — *Dictum*, isto é, a injuria pela palavra fallada ou escripta, *vel factum*, isto é, pelo gesto ou signal capaz de manifestar um conceito ultrajante. — Carrara, *Program.*, § 1709.

Não parou aqui, porém, o processo de differenciação, que tomando como criterio ora a presença, ora a ausencia do injuriado, ora a sua qualidade individual ou collectiva, ora o meio ou instrumento para a consummação da injuria, ora finalmente a circumstancia de se concretizar a imputação em facto determinado ou versar apenas sobre conceitos vagos, distinguio no genero *injuria* varias especies, cada qual com physionomia propria ou elementos perfeita e reciprocamente discriminaveis.

E assim veiu a doutrina a deshomogenizar, aquella primitiva massa de conceitos embaralhados, em figuras criminaes hoje chamadas *diffamação*, *contumelia*, *libello famoso*, ou mais de accordo com a synthese scientifica: *injuria* e *calumnia*.

A presença ou ausencia do injuriado, a sua qualidade una ou conjuncta, e a forma do acto criminoso, cada qual destes criterios foi afinal abandonado na especificação das duas figuras que principal e doutrinariamente hoje designam os delictos contra a honra pela imputação de factos ou defeitos ultrajantes; e o foi, porque em qualquer de taes circumstancias bem póde se envolver esta ou aquella figura, deixando, portanto, cada uma dessas circumstancias de ser caracteristica differencial ou discriminativa.

O outro criterio, porém, isto é, o de consistir a offensa na imputação de certo e determinado facto ou simplesmente na vaga attribuição de vicios ou defeitos indeterminados, esse ficou afinal sendo o

verdadeiramente científico na discriminação das duas espécies em que as legislações modernas dividem esta classe dos delictos contra a honra.

E porque, conforme á lei fundamental da technica jurídica, convinha diminuir a massa terminologica, ou para usar a phrase de Ihering, polir a synthese jurídica, ficaram definitivamente adoptados os dois vocabulos *injuria* e *calumnia* para designarem: o primeiro, a imputação vaga, e o segundo, a imputação individuada de um crime. Não havia necessidade de crear outro vocabulo para comprehender a figura da moderna *injuria*, que já não é a primitiva, mas outra *propriamente dita*.

Entre os escriptores não ha discrepancia neste ponto.

Assim o classico Chassan, primeira autoridade na materia, não assignala outra differença, entre o que elle chama *diffamação*, que é a moderna calumnia, e a *injuria* em geral.

Aquella é a imputação de *um facto a criminoso*; esta de vicio determinado ou indeterminado — *Délits et contraventions de la parole*, 1º vol., nº 471, 504 e 505 combinados.

Outro classico afamado, o já citado Carrara, firmando os extremos da calumnia, dá como terceiro, a imputação de um *facto determinado*; “Non basta che s’imputi un vizio, genericamente dicendo: *Sejo è un ladro, Cajo un lenone, per quanto questi due addebiti abiano implicito l’oggetto della criminalità e della immoralità perchè non esprimendo un fatto DETERMINATO si risolvono in una asserzione più vaga e meno positiva*” — Programma, § 1718.

“O elemento próprio que distingue a diffamação (*injuria calumniosa, Verleumdung*) da *injuria*, diz o eminente Brusa, consiste na imputação de um *facto determinado* — nt. 100 á versão italiana do Cod. crim. de Zurich.



Na sessão de 13 de Março de 1889 da Comissão revisora do Projecto do Código Penal italiano, o insigne Lucchini, seu relator, accentuando as linhas diferenciaes entre a calúnia e a injúria, declarou explicitamente convir no seguinte conceito então emitido pelo presidente Eula: *Crede che la vera caratteristica differenziale consista nell'obiettare oppur no un fatto determinato* — *Verbali*, pag. 651.

No direito francez, o modernismo Garraud assignala como primeiro elemento da calúnia *“l'allégation ou imputation DU'N FAIT qui porte atteinte à l'honneur ou à la consideration de la personne ou du corps auquel LE FAIT est imputé”* — *Dr. Pen. franc.*, vol. 5º, n. 31.

E' preciso, já haviam dito os estimados criminalistas Chauveau e Hélie, que a imputação contenha, como se exprime a côrte de cassação da Belgica, a *allegação POSITIVA de um facto*. — *Theor. do Cod. Pen.*, ed. Nypels, nº 3127, 5º.

Na Inglaterra, a calúnia *Slander*, só se dá *where a man utters anything of another which may either endanger him in law, by impeaching hin of SOME PUNISHABLE CRIME* — *as to say that he hath poisoned another* — como se dissesse que envenenou alguém — *Stephen, New Comm. on the Law of England*, vol. 3º, pag. 415.

“O que distingue essencialmente a injúria da calúnia, diz Rivarola, é, sempre a *falta de precisão na imputação*.” *Imputar un echo á una persona es AFIRMAR que es autor de él, fero afirmarlo de una manera precisa, concreta y determinada. Mientras la frase pueda ser simplemente alusiva, dubitativa no habrá imputación* — *Expos. y crit. del Cod. Pen. de la Rep. Argent.*, 2º vol., pag. 258.

*Pela lei*

Abra-se qualquer dos modernos codigos e ver-se-á bem accentuada aquella distincção.

## CODIGO PORTUGUEZ

Art. 407 (sobre diffamação ou calúnia): Se alguém diffamar outrem publicamente... imputando-lhe *um facto* offensivo da sua honra...

Art. 410. O crime de injuria, não se imputando facto algum determinado...

## CODIGO ITALIANO

Da diffamação e da injuria.

Art. 393. Aquelle que, communicando com mais pessoas reunidas ou separadas, attribue a outrem um *facto determinato*.

Art. 395. Aquelle que... offende de *qualquer modo* a honra de outrem.

## LEI FRANCEZA DE 29 DE JULHO DE 1881

Art. 29 § 1º: Constitue diffamação a allegação ou imputação de *um facto* que prejudique a honra ou a consideração da pessoa a quem *o facto* é imputado.

§ 2º *Qualquer expressão* ultrajante, palavra de desprezo ou invectiva, é uma injuria.

## LEI BELGA SOBRE IMPRENSA

A calumnia e a diffamação são a imputação de *um facto preciso, determinado*, contra uma pessoa, de modo que lhe possa offender a honra; injuriar é offender alguém por actos ou *expressões mais ou menos vagas*, que na opinião commum offendem a honra ou a consideração das pessoas — Nypels, *Cod. pen. interpr.*, II, 605.

## CODIGO HESPANHOL

Art. 467. Constitue calumnia a falsa imputação de *um dos delictos* que dão lugar á acção publica.

Art. 471. Constitúe injuria *qualquer expressão* proferida em deshonra, descredito ou menospreço de outrem.

Concordam mais:

Codigo allemão, § 187;

Codigo hollandez, art. 261;

Codigo zurighense, § 149;

Codigo argentino, arts. 177 e 179;

Codigo chileno, arts. 412 e 416;

etc., etc., etc.

Finalmente, o

## CODIGO BRAZILEIRO

Art. 315. Constitúe calumnia a falsa imputação feita a alguém  
DE FACTO QUE A LEI QUALIFICA CRIME.

Art. 317. Julgar-se-á injuria:

a) a imputação de vicios ou defeitos, com ou sem factos especificados...

b) a imputação de factos offensivos da reputação...

c) a palavra, gesto ou signal reputado insultante na opinião publica...

Como se vê, si o nosso direito criminal em algum ponto se originaliza, é em vêr também injuria na imputação de factos determinados, uma vez que estes não constituem crimes. No ponto principal, porém, a concordancia é universal: não ha calumnia onde não haja a falsa imputação de um crime determinado...

*Pela jurisprudencia*

Dalloz, *Répert.*, verba *Injures* e *Presse-Outrage*; Morin, *Répert. du Dr. crim.*, Chauveau e Hélie, op. cit. — estão todos cheios de arestos no sentido exposto, nomeadamente a sentença do Tribunal de Bruxellas, de 6 de Fevereiro de 1894 — (Pas. 49, 1, 170).

Também entre nós *O Direito* nos fornece valiosos subsidios. Assim no vol. XI pag. 136; no vol. XXVIII, 92; e especialmente no vol. XLIX, pag. 532, com magistral sentença proferida em 17 de Novembro de 1888 pelo juiz de Direito da comarca de Santos.

No segundo destes arestos, disse a Relação do Pará, em accordam de 28 de Março de 1882, ser imprescindivel a falsa imputação, e prova da respectiva falsidade, de um facto criminoso, e em voto declarado accrescentou um dos juizes: “porquanto, não existindo facto algum de calumnia ou estellionato, isto é, não constando dos autos que ha calumnia ou estellionato, porque a ninguem é dado levantar ou crear um crime, é claro e concludente que o crime foi de injuria.”

No ultimo, foi réo um advogado que do juiz da comarca escreveu o seguinte: *De um juiz venal como V. Ex.<sup>a</sup> tudo se póde esperar. V. Ex.<sup>a</sup> é venal e sandeu.* O juiz correctamente decidiu assim: “Si a imputação viesse acompanhada do facto determinado, preciso, positivo, em que o juiz se deixou peitar — o crime seria o de calumnia.”

“Si a imputação é vaga, núa, despida de factos, abstracta — o crime é de injuria.”

*Isto posto,*

e como si fôsse o primeiro termo de um syllogismo, transcrevamos a queixa, conforme a contra fé (doc. n. 1), unico vestigio que nos ficou dos autos:

" ... afirmou (o Querelado) que o sub-director da Superintendencia de Obras Publicas (que era então, como ainda é hoje, o queixoso), é *venal ou coisa muitissimo equivalente*. O queixoso, justamente offendido por tão grave calumnia, que lhe foi atirada em virtude do cargo que exerce, declarou pela imprensa que chamaria o querelado ao fôro criminal. Em resposta á declaração do queixoso, o querelado voltou á imprensa e tornou clarissima a sua intenção criminosa, afirmando mais uma vez que o queixoso *é um venal ou coisa muitissimo equivalente*, afirmativa que qualificou justissima."

E nada mais.

Mas parece não ser preciso esforço algum para demonstrar que *venal ou coisa muitissimo equivalente* nunca foram, não são, nem jámais virão a ser nomes ou indicações de algum crime.

*Venal*, é um adjectivo qualificativo, que etymologicamente designa cargo ou officio que se vende ou se póde vender, ou coisa que tem preço actual de permuta, e figuradamente se diz do homem que se deixa corromper ou peitar. Mas crime, que é um substantivo, isso tal vocabulo nunca designará.

*Coisa muitissimo equivalente*... Mas coisa equivalente a um adjectivo qualificativo, tambem não é nome ou qualificação de crime. De resto o adjectivo *equivalente* significando coisa do mesmo preço, do mesmo valor, está por isso mesmo implicitamente contido no outro — *venal*.

E ora ahi temos uma queixa de calumnia apoiada exclusivamente em adjectivo generico, vagamente empregado, sem qualificar acto algum positivamente indicado, sem individuação de um só facto criminoso.

*Logo,*

e como queríamos demonstrar, errada está a acção, porque si crime houvesse, seria o de injuria, não o de calúnia.

---

Nem se objecte com dizer a queixa que *aquelle facto constitúe o delido do art. 315 combinado com o art. 207 e seguintes do Tit. 5º do Cod. Pen.*; o que parece significar, que no sentimento do queixoso, imputou lhe o Querelado os crimes definidos em nada menos de trinta e dois artigos do Codigo, que com os respectivos numeros e paragraphos constróem sessenta e seis figuras criminosas!! Um legião.

Não seria curial nem séria semelhante objecção.

Em primeiro logar, porque isso poderia ser o que quizessem, menos fazer a determinação precisa e especifica de certa figura criminosa — o que, como vimos, constitúe um dos extremos da calúnia. Pois dizer abstracta ou vagamente: Caio é venal — equivale, sendo Caio funcionario publico, a concretamente affirmar que Caio praticou a série inteira dos crimes contra a boa ordem e administração publica: malversações, abusos e omissões? A propria pergunta já por si mais parece gracejo do que outra coisa. *Imputar falsamente a outrem facto que a lei qualifica crime* (Cod. Pen. art. 315), e com isso incidir no crime de calúnia, não é o mesmo que attribuir uma qualidade abstracta adaptavel a longa série de factos criminosos, dos quaes muitos são entre si dissimilhantes até em seus elementos psychicos e physicos, subjectivos e objectivos. *De um juiz venal como V. Ex.<sup>a</sup> tudo se póde esperar* — já está escripto na nossa jurisprudencia que esta phrase não constitúe calúnia.

Em segundo logar, não póde soffrer duvida que naquella referencia feita na queixa se comprehendem crimes que ao Querelante fôra absolutamente impossivel praticar. Por exemplo: exceder o prazo da

lei para proferir a sentença, julgar causa em que a lei o declare suspeito como juiz de direito; impor pena indevida; advogar scientemente por ambas as partes; negar, como subdirector da Superintendencia de Obras Publicas, alistamento eleitoral a quem tiver as condições de eleitor; exigir impostos indevidos; exercer, em qualidade de governador ou commandante de armas do Estado, actos de commercio; etc., etc.

Em terceiro lugar, porque nem a todos os crimes previstos naquella Titulo V (do livro II) cabe ou póde caber a imputação de venalidade. Por exemplo: a falta de exacção no cumprimento do dever commettida por frouxidão, indolencia ou negligencia; a embriaguez repetida; a inaptidão notoria; etc., etc.

Finalmente porque, si nos replicassem dizendo ser visto e claro não se conterem naquella referencia sinão os crimes que, por venalidade, pudesse o Querelante commetter na qualidade de sub-director da Superintendencia de Obras Publicas, treplicariamos com a lição de Carrara: que um processo criminal é o que ha de mais sério no mundo humano. Quer dizer: tudo nelle deve ser claro como a luz, certo como a evidencia, positivo como qualquer grandeza algebrica; nada de supposto, nada de amphibologico, nada de ampliavel; accusação positivamente articulada para que a defesa seja possivelmente segura; banida a analogia; proscripto o parallelismo, assente o progresso exclusivamente sobre a precisão da morphologia legal e sobre esta outra precisão, mais salutar ainda do que a primeira — a da verdade, sempre desataviada de duvidas, porque, na propria lingua do grande mestre, *la veritá é una e sotto ogni sua fórma non debbe risultare che veritá*.

*Logo,*

e mais uma vez, a queixa é imprestavel; porquanto, longe de indicar a imputação de um facto criminoso determinado, refere apenas um adjectivo qualificativo, com cuja elasticidade pretende envolver o Codigo Penal.

E' pertanto nulla. Carrara dizia: *Chi troppo vuole abbracciare niente stringe*: nós, com o hespanhol, temos phrase mais breve: Quem tudo quer tudo perde.

A nullidade do processo é, pois, evidente; e tanto mais é certo que deve ser pronunciada *incontinente*, quanto é tambem certo que nella entra em jogo uma questão de competencia, e outra teria de ser a fórma do processo.

## 2ª Parte

Nulla o processo pela imprestabilidade da queixa, bem podiamos ficar aqui. Mas já duas vezes dissemos que *si crime houvesse, seria o de injuria*.

Mostremos agora que effectivamente não houve crime algum: nem de calumnia, nem de injuria.

E' axioma em direito criminal, que na psychologia da diffamação, mais energicamente do que a respeito de outra qualquer classe de delictos, deve a respectiva força moral subjectiva ficar patente, sem subtilezas, incontrastavelmente certa. Nem tal axioma é novo, pois já no fr. 3º § 1º, de *injuriis* (XLVII, 10), dizia Ulpiano que *injuria ex affectu facientis consistit*. Não ha injuria onde não haja intenção de injuriar; nem ha mais quem observe a velha e morta regra de Farinaccius: *quando verba sint per se injuriosa, animus injuriandi praesumitur*.

A inversa é hoje a regra prevalecente: a palavra só por si é incapaz de constituir o delicto; *in qualunque dubbio*, diz Carrara, *dovesse escludere l'animo ingiurioso*. — Vêde Boehmero, *Decisiones*, tom. 3º, *pars* 3ª, dec. 804; Nicola Nicolini, *Quest. di diritto*, pag. 410. E' por isso que o nosso Mello Freire, *Inst. jur. crim.*, tit. VIII, § 1º, definiu injuria *quodvis dictum factumve in alterius conlumeliam DOLO MALO directum*.



"Ce n'est pas le seul fait, ensina o eminente Chassan, d'avoir prononcé une harangue ou d'avoir publié un écrit et un dessin, qui constitue le délit.

Pour qu'il y ait matière à accusation, il faut qu'à ce fait dommageable en soi, vienne se joindre une intention mauvaise et perverse. *Injuria ex affectu facientis.*" —Obr. cit., n. 29.

Sem o dolo mau, portanto, não ha injuria ou calumnia. Tal é a regra universal, mesmo na legislação inglesa, a mais rigorosa acerca de taes crimes. *Slander consists in MALICIOUSLY and FALSELY speaking of another* — Blakstone, *Laws of criminal law*, pag. 96.

Nem se discute mais este ponto de jurisprudencia, como diz Eugenio Florian na sua preciosa monographia *La teoria psicologica della diffamazione*. Mais ainda. Para Pincherle (*La legge e la stampa*, pag. 137), a maldade da intenção é vital nos delictos de imprensa; para Paoli (*Espoziz. stor.* II, 413), não se deve vêr injuria sinão quando a offensa é determinada pela intenção principal e directa de ferir a honra alheia; para Fulchi (*L'intz. nei singoli reati*, pag. 300), só na consciencia de fazer com que o adversario perca a estima publica está o *animus injuriandi*, força vital do delicto.

*La vera essenza della injuria è tutta posta nell'animo dello ingiuriante* — Carrara, § 1749.

Pois bem: firmado este principio, segue-se que não ha logar ao crime sempre que alguma circumstancia vem provavelmente excluir aquelle pravo animo. Do contrario, chegaríamos a verdadeiros absurdos, como observa Carrara na succulenta nota ao § 1735 do seu *Programma*. Assim, si dissessemos que o animo de injuriar está implicito na palavra ou no escripto, e que, portanto, não é susceptivel de illisão, equivaleria a dizermos que o animo de matar resulta de ter morto.

Ora, entre as circumstancias, que a doutrina e varias legislações consideram como capazes de excluir o *animus injuriandi*, nada menos de tres assistem ao Querelado.

§ 1º

*O animus retorquendi*

A primeira de taes circumstancias nós a temos no que os escriptores denominam o *animus retorquendi*, e que designa figura em certo ponto differente da *compensação*. Esta se concretiza quando aquelle que se sente injuriado, no mesmo acto se deixa arrebatado pela ira impetuosa, e injuria o primeiro.

Neste caso, si as escolas e varios codigos (v. g., o nosso: art. 322) illidem as duas injurias, não é por que em cada qual não haja o *animus injuriandi*, sinão porque o primeiro injuriado, fazendo justiça por si mesmo, renunciou o direito de usar a competente acção criminal. E' por esta razão que somente quanto á injuria propriamente dita se admite a compensação; excluida da calumnia quando o facto criminoso pode abrir a acção publica criminal, segundo a maioria dos codigos, inclusive o nosso de 1830, art. 229.

Na retorsão, porém, o delicto se illide por falta de *animus injuriandi*. Eis as proprias palavras do insigne Carrara:

“In quanto a colui che ritorse la ingiuria cessa il delitto per mancanza dell'animo, avvegnachè si ritenga che lo facesse non per denigrare il suo offensore ma per ributtare da sé la ingiuria patita.”

Emquanto ao outro, ou aquelle contra quem se retorcede a injuria, não se pode dizer, continua o mestre, que a retorsão perima o delicto por esse commettido — e tal conceito assenta elle sobre longa lista de criminalistas celebres — § 1758 e nt. 2.

E si alguns escriptores, como o citado Eugenio Florian, n. 54, e Berner, *Tr. di diritto pen.*, pag. 388, attribuem a acção illidente da retorsão, não á ausencia do *animus injuriandi*, mas á influencia psychica da provocação, certo ainda é que, como observa Poletti, *Il sentimento*

*vella scienza del diritto penale*, cap. 2º, esta influencia tão poderosamente pode actuar, que traga verdadeira entidade pathologica.

E' a lição de Herzen, referido em Ziino, *La fisio-patologia del delitto*: desde que a actividade psychica é excitada pelos estímulos energicos de qualquer paixão violenta, qual a que se suppõe latente nas susceptibilidades profissionaes ou no brio moral, o estado physiologico dos centros psyco-motores da vontade, ou da deliberação consciente, se perturba, e se dá no agente uma *desintegração organica*.

Pois bem: aquella phrase — *venal ou coisa equivalente* — irrompeu do Querelado com toda a vehemencia de uma paixão insopitavel, ou melhor e para usar as expressões do nosso codigo, de uma força irresistivel.

O Querelado sentiu-se irresistivelmente dominado pela temerosa onda daquela especie de paixão que, segundo Petrarca,

*il suo possessore*

*Spesso a vergogna e talor mena a morte.*

E' o que o memorial junto autoriza a concluir. Pois não bastariam, para perturbar a consciencia altiva de uma probidade inteiriça, as accusações que infundadamente visaram manchar o Querelado; sua demissão sem que precedesse audiencia delle; picardias sem nome nem precedentes nas repartições-publicas? Pois a justa reacção do brio offendido foi nobre inspiradora daquela publicação.

§ 2º

*O animus defendendi*

Não menos illisiva do *animus injuriandi* é a acção do chamado *animus defendendi*, cuja origem se vai buscar no preceito do fr. 2º § 9 ff. *de aqua et aquoe pluvie arcendae* (XXXIX 3): *non hoc animo fecit, ut tibi*

*noceat, sed ne sibi noceat* — que Julius Clarus, § *de injur., fin.*, glozou assim: Quando por ventura te magôe me defendendo, faço-o, não para te causar prejuízo, mas para me não prejudicar a mim.

E' até um direito; e é por ser um direito, que varios escriptores fundam esta escusa no conhecido brocardo: *qui jure suo utitur injuriam non facere videtur* — Eug. Florian, obr. cit., n. 57.

“Tutti i dottori convengono che il tacciare di menditore costituisca ingiuria, ma soggiungono altresì che siffatta ingiuria não é imputabile quando si emetta in replica ad una proposizione contro noi stessi” — tal é a regra universal, assim formulada pelo citado Carrara, nt. ao § 1760.

Mas haverá quem, depois de lidos os documentos juntos, de conhecidos os factos, de bem ponderado quanto se praticou e escreveu contra o Querelado, conteste que violentissimas accusações lhe foram feitas pelo Queixoso? Si tudo é evidente, si tudo está escripto em varios officios, si tudo se divulgou por meio da publicidade da imprensa, si ninguem o pôde contestar, tambem não poderá haver quem recuse ao Querelado o direito de se defender. E porque lh'o haverá de recusar o Juiz, que não distingue individualidades, para exclusivamente fazer Justiça?

### § 3º

#### *A exceptio veritatis*

Não é tudo. Na phrase do eminente Brusa, a lei sobre os delictos da imprensa não passaria de ludibrio si nos delictos desta classe, não permitisse á defesa a prova da verdade da imputação feita ao Querelante.

Nem ha coisa mais logica. Si a falsidade da imputação é condição elementar do delicto — Cod. Pen. art. 315, *in verbis: a falsa imputação* — si o dolo nestes delictos esta na consciencia de attribuir *falsamente* a outrem acto ou qualidade ou defeito que lhe prejudique a

fama, é evidente não haver dolo onde a imputação fôr verdadeira — Carrara, § 2610-2648; Florian, n. 76.

Demais como pondera o citado Florian, e com elle todos os escriptores, não só fôra immoral condemnar a quem diz a verdade, como impolitico fechar a porta á delação de crimes que possam interessar á ordem publica.

“E’ isento de pena, diz o § unico do cit. art. 315, o que provar ser verdadeiro o facto imputado.”

E a esta faculdade da prova preciso é que não se lhe opponha restricção alguma quando a imputação é feita a funcionario publico, em razão das funcções proprias do emprego, ainda que se trate de simples injuria — Cod. Pen. art. 318 let. a); Semmola, *La censura publica*, p. 47.

Pois bem: sem que pareça haver incongruencia com o que se disse sob o n. I, onde negámos a existencia de calumnia por não haver no artigo incriminado a imputação clara e precisa de um só facto determinado, bem pode a defesa — e nestas liberdades está precisamente o que a defesa tem de sagrado — dizer: si na expressão *venal* se presuppõe algum acto lesivo dos dinheiros publicos praticado pelo Queixoso, é verdade que assim procedeu elle. Os documentos juntos á consulta são prova robustissima desta accusação.

E si o Querelante se julgou com direito para dizer do Querelado quanto bastaria para denegrir os brios profissionaes e abater o caracter moral dos menos susceptiveis, e si inflammado no censuravel fogo do odio, tão virulentamente injuriou e calumniou — tenha paciencia, e mais irado ainda embora, morda aquella phrase retorsiva: *Venal ou coisa equivalente*.

Porque no sentido figurado, *venal* não se diz sómente daquelle ou daquillo que se vende por dinheiro, sinão tambem da alma, que não sabendo se elevar até á virtude, deixa-se dominar por qualquer paixão reprovada. E’ por isso que Goethe, na segunda parte do seu *Fausto*, tacha

de venal a alma de Mephistopheles, que nem um centimo recebeu do sabio amante da casta Margarida.

### **Conclusão**

Sou, portanto, de parecer:

1º) Que abstrahindo da defesa, o facto imputado constitue injuria e não calumnia;

2º) Que, pelas razões expostas, dirimida ficou a criminalidade apparente do facto.

S. M. J.<sup>1</sup>

*Fevereiro de 1899.*

### **LXX**

— Constitue crime de injuria impressa a republicação ou traducção de escriptos injuriosos.

— O fôro do logar da reproducção ou traducção é competente para o processo.

### **Consulta**

O jornal *O Paulista*, da capital, reproduziu, da folha *O Piracicabano*, injurioso artigo contra X.

Processado o respectivo autor, elle se defende por meio de uma declinatoria fori, allegando que, si injuria houve, não foi o delicto commettido em S. Paulo, mas em Piracicaba, pois que o crime já havia sido ali consummado quando *O Paulista* reproduziu o artigo. Que, isto posto, incompetente é o fôro da Capital, por não ser nem o do domicilio do réo nem o do delicto.

---

<sup>1</sup> Sobre essas razões defendemos o réo, que havendo sido pronunciado, foi afinal despronunciado por accordam do Tribunal de Justiça de 29 de Julho de 1899.

### Pergunta-se:

Procede esta defesa?

### Resposta

Absolutamente não procede.

O crime de injúria impressa tem o seu momento consummativo na *divulgação* ou *distribuição* do escripto — Chassan, *Délits et contrav. de la parole*, 1º vol., ns. 61 e 77; Dalloz, *Repert.*, vb. *Presse-outrage*, n. 533; Fabreguettes, *Tr. des infract. de la parole*, n. 715.

E assim é, porque *diffamar significa divulgar conceitos injuriosos* — Fabro, *Thes. erudition*. vb. *Diffamare*. — *Publicar cousas diffamatorias*, diz frei Domingos Vieira, h. v. Tanto que no antigo direito francez a palavra *diffamação* exprimia *a injúria muitas vezes reproduzida com o designio de lhe dar publicidade maior* — Dareau, *Des injures*, tom. 1º, pag. 9. — *Per comune consenso di tutti i criminalisti, il momento della consummazione di questo reato non stà nello scrivere o nello stampare, ma nel divulgare* — Carrara, *Program. del corso di dir. crim.*, § 1723. Tal é o systema do nosso Código — arts. 7, 230 e 237.<sup>1</sup>

### Isto posto,

e considerando que esta especie de delictos entra na classe dos chamados *successivos* ou *reiteraveis*, nada obsta que se tome, para base ou iniciação do processo, qualquer dos actos de divulgação da calúnia ou injúria, porquanto em qualquer delles existe delicto consummado.

A questão foi prevista e resolvida pelos escriptores e pela jurisprudencia.

Assim Chassan, o classico tratadista desta materia, ensina que o réu não póde allegar como defesa a circumstancia de já ser notoria a

---

<sup>1</sup> Cod. Pen. de 1890, art. 22 §§ 2º e 316.

injúria; e refutando Parant, que na obra *Lois de la Presse*, pag. 247, dizia não haver crime em alguém se fazer echo de publicação anterior, tacha de injuridica semelhante doutrina, *evidentemente oposta á exposição de motivos da Lei de 26 de Maio de 1819*. E no n. 184 de sua monumental obra, Chassan refere que — *les réimpressions de cette spèce sont aujourd'hui tres usitées dans la presse périodique; elles ont donné lieu à un assez grand nombre de poursuites*.

— *Ainsi à chaque réimpression*, diz Dalloz, *un ouvrage peut être poursuivi por outrage à la morale publique, encore que les premières éditions n'aient été l'objet d'aucune pour-suite* — 15 jan. 1825, Paris — *Dict. de législ.*, vb. *Presse-outrage*, n. 507.

— O fim da lei, dizia de Serre, foi punir somente a publicação, na qual fez residir o delicto. — Daqui a consequencia, em facto de escriptos, que aquelle que os publica (ou republica) é quem commette o delicto e não o autor, a menos que este não haja consentido ou participado na publicação. — Cit. Dalloz, *Suppl. ao Dict.*, vb. *Presse*, n. 10.

Esta é a lição do nosso Braz Florentino, *Dos responsaveis nos crimes de liberdade de exprimir os pensamentos*, Lic. 1<sup>a</sup>, n. 10.

Com relação aos princípios, o que se diz de traducções bem se pode dizer da reproducção. O thema é o mesmo. Pois isentar os traductores da responsabilidade criminal, sob o subterfugio de já estar consummada a injúria quando traduzida, seria para Chassan (n. 185) *proporcionar um meio seguro para commetter todos os delictos*. E a este respeito a Jurisprudencia nos offerece dous arestos celebres. O jornal *La France* foi condemnado pelo Tribunal do Sena, em 26 de Fevereiro de 1844, por haver traduzido algumas passagens de um jornal inglez contra Luiz Felipe. Outro jornal, *La Monarquia*, de Madrid, foi tambem condemnado, por sentença de 27 de Julho de 1844, porque traduziu do *La France* um artigo injurioso sobre negocios da Hespanha — Chassan, loc. cit.



Harris, *Principles of Criminal Law*, sobre o incontestável thema — *Any person is liable for what he has written* — também refere julgados, um dos quais perfeitamente ajustável ao caso da consulta.

Mas ninguém melhor do que Carrara, esse que no dizer de Baldassari Paoli, foi *il maestro dei maestri del diritto criminale*, resolve o ponto em questão.

“Resta agora examinar a propósito da divulgação uma última hypothese facilíssima de se encontrar no fóro. A divulgação de um *libello famoso* é imputável *in perpetuo*, ou só nos seus *primeiros momentos*?... Muito problemática é a razão allegada — que o delicto já estava consummado no momento em que se dá o último facto de divulgação. Este argumento pode provar demasiado porque, si grave lesão contra a honra já estava infligida com a primeira divulgação do libello, isso não obsta que o direito possa receber ulteriores lesões, ainda mais graves do que as primeiras; como si, por exemplo, *fosse reproduzido o escripto*, ou si um escripto já divulgado em Florença fosse communicado a outros em Milão ou Turim, ou ainda si fosse communicado a outras pessoas que o não conheciam. A doutrina da consummação completa é perigosa e fallaz quando se trata de crimes em que a offensa ao direito é reiterável, e por factos successivos é susceptível de incremento... Mais aceitável é pois o outro argumento sobre o qual assenta a doutrina que *discrimina as divulgações successivas*.” *Program.*, 1729.

### Portanto,

não padece dúvida que, constituindo injúria a reprodução aliudida, competente é o fóro da capital, por ser também fóro do delicto.

*Sub censura.*

*Maio, 1886.*

### LXXI

— O que seja injúria equivocada. Interpretação do art. 240 do Cod. Crim. de 1830, reproduzido no art. 321 do Cod. Pen. de 1890.

— Regras tocantes ao *animus injuriandi*.

— Do *usus loquendi* como fonte de interpretação.

## Exposição

Em artigo inserto na *Gazeta do Povo*, João publicou as seguintes phrases contra o Dr. Domingos:

— *Um dia o Dr. Domingos, á laia do finado Maranhense;*

— *Et coetera... e tal pomada.*

— *O Dr. Domingos estava certamente sob a influencia de um bom jantar!*

— *As bochechas do distincto sabio Dr. Domingos.*

Processado pelo crime de injuria, João se defendeu allegando, como razões exclusivas do animo de injuriar:

— Que Maranhense quer dizer apenas filho do Maranhão;

— Que *et coetera... e tal pomada*, equivale á phrase *et coetera e tal pontinhos*, de todo innocente.

— Que o adverbio *certamente*, da phrase relativa ao jantar, exprime duvida; nem ali ha injuria, porque se diz que o queixoso passou bem, que teve um bom jantar — havendo muitos que jantam bem e nunca beberam uma gotta de vinho siquer.

— Quanto ás bochechas, vai naquella phrase até um elogio, pois mostra que ao queixoso não faltam bochechas, o que seria um defeito physico.

O querelado foi absolvido, e para assim julgar, fundou-se a sentença em que:

1º) Aquellas expressões não são claramente injuriosas sinão equivocas.

2º) Não havendo o queixoso pedido explicações na fórmula do art. 240 do Cod. Crim.<sup>1</sup>, aproveita ao querelado a defesa produzida, isto é — não ter tido o animo de injuriar.

Em vista do exposto, e dos autos juntos, pergunta-se:

1º) Deve o queixoso appellar?

2º) Haverá probabilidade de ser provida a appellação?

### **Parecer**

Analysarei separadamente aquelles dous pretendidos fundamentos da sentença.

#### *§ 1º*

#### *Da injuria equivoca*

O equivoco, synonymo de ambiguidade e de amphibologia, não se constitúe tanto pela multiplicidade de significações ou de sentidos a que póde andar sujeita uma palavra ou phrase, como pelo proposito de fallar ou escrever de modo a não deixar patente a verdadeira intenção do locutor ou do escriptor. Desde que esta intenção se mostre clara e indubiosamente, a phrase ou a palavra deixará de ser equivoca, ambigua ou amphibologica, e, desobscurecidamente, exprimirá elogio, ironia, consideração, desprezo, amor, odio, louvor, insulto.

O dicionarista e o rhetorico nem sempre coincidem. Aquelle lexicographando os vocabulos de determinada lingua, limita-se a recolhel-os alphabeticamente, com a indicação das respectivas raizes e de seus significados; este, expondo as figuras em cujos rendilhados se póde envolver a linguagem, estuda a psychologia do pensamento através de sua manifestação morphologica. O primeiro, apertado nos limites de sua função lexicologica, arrola palavras, lexicographica, etymologica, taxionomicamente

---

<sup>1</sup> Art. 321 do Cod. Pen. de 1890.

expostas. Nada mais. O segundo vai adiante: analysando conceitos, prescruta os segredos do pensamento em seu mais intimo encerro.

Daqui vem que, na intenção de quem falla ou escreve, é que está o criterio com que se julga da inteireza ou da maledicencia da phrase; porquanto, o character innocente ou offensivo da palavra não póde estar nella mesma, visto não ser no producto physiologico da articulação dos sons ou na disposição e reunião systematica dos signaes typographicos que reside a influencia da linguagem fallada ou escripta, mas na comunicação reciproca das intelligencias, que della fizeram o vehiculo de suas mutuas relações. Quando Despréaux, no intuito de amesquinhar Quinault como poeta, disse: — *Je le déclare, donc, Quinault est un Virgile* — o insulto vinha exclusivamente na intenção malevola da phrase, que aliás nada em si propria tinha de equivocaca.

Ora, a intenção, por ser phenomeno psychologico, essencialmente intimo, não escapa á lei logica da demonstração. Não só a idéa motora, como disse Maudsley, citado em Herzen (*Condizione fisica della coscienza*, p. 5), como a intensidade, a persistencia e a energia da intenção, pódem sujetar-se á prova.

Encerrando a these nos limites do crime de injuria, apontaremos as regras com cuja applicação se demonstra o concurso da intenção criminosa, e, portanto, arreda-se a hypothese do equivoco.

a)

E desde logo se apresenta a presumpção de natureza maledica que em si mesmo costuma trazer o equivoco — presumpção que já transparece por meio do proprio vocabulo *equivoco*.

— *Evitem-se os equivocos*, lê-se no Dicc. da Academia Franceza. *Baixos equivocos. Grosseiro equivoco. Gracejo equivoco. Virtude*

*equivoca. Merito equivoco.* Eis, entre outras, locuções exemplificativas daquelle diccionario: nunca em bom sentido se tomou qualquer dellas.

— *O equivoco*, diz Larousse, é *as mais das vezes o fructo da malicia e da má fé.*

— *Geração equivoca*, lê-se no Diccionario de Moraes, é a dos animaes gerados da *podridão.*

— Um *homem equivoco*, está no Diccionario de Fr. Domingos Vieira — homem *em que não se póde depositar confiança.*

— Tambem se usa falando das coisas que excitam alguma supposição *pouco honrosa*: A origem d'algumas fortunas ou riquezas é um pouco *equivoca* — cit. Vieira.

— Mas os discretos, escarmentados na cabeça alheia, não se querem *sevandijar d'equivoquistas* — D. Francisco Manoel de Mello, *Feira dos annexins*, Lisboa, 1875, pag. 5.

— Tambem eu com esses nunca fiz bôa farinha; e se *me arrepiam os cabellos* em cuidar que hei de dizer equivococ — *id.*, pag. 2.

Animo innocente e simples, proposito innocuo e natural, não recorre a esse jogo de palavras, que só por si já é mascara a rebuçar mordaz injuria.

b)

A segunda regra é, que a intenção se deve apreciar segundo a significação que *o uso* liga á expressão empregada — Morin, *Répert. du Dr. crim.*, vb. *Injures*, n. 19; Chauveau e Hélie, *Théor. du cod. pen.*, VIII, 383.

*La fortuna delle parole, o la variabilità, od aberrazione dal loro senso o etimologico o primitivo o comune, si deve ponderare* — Pietro

Ellero, *Delle leggi sulla stampa*, cap. XXIX (*Trat. Crimin.*, p. 389). Já Horacio não havia dito, na sua *Ars poética*, que

... usus

Quem penes arbitrium est, et jus et norma loquendi?

Daqui vem a lição do eminente Carrara, *Program.*, nt. ao § 1751: "Si as palavras teem sentido injurioso ou por si mesmas ou pelo commum *usus loquendi*, incumbe á defesa excluir, por circumstancias especiaes, o *animus injuriandi*." Logo, no parecer do illustre professor, presume-se neste caso o animo injurioso, que exclúe o equivoco.

Demais, repisando na regra anterior, o recurso á amphibologia, sendo, no dizer de Carmignani, *cosa turpe*, incide na censura deste grande professor italiano: *La regola é che le cose di loro natura turpi se presumono fatte con dolo*.

Ora examinem-se as expressões que o queixoso tem como injuriosas.

— UM DIA o DR. DOMINGOS, ASSIM Á LAIA DO FINADO MARANHENSE...

Não ha, talvez em todo o Brazil, quem não conhecesse a escandalosa tradição do celeberrimo tratante que na policia tinha o nome de Maranhense, gatunescamente popular.

O Maranhense foi um dos mais refinados larapios que o ceu americano já cobriu.

Contra o sentido, evidentemente injurioso, que para todo mundo decorre daquela phrase, que oppôz o querelado? Com a mais despejada zombaria, vai pedir quartel á grammatica portugueza; e sem lembrar-se de uma oração do grande Cícero, que adiante lembraremos, pretende que aquella palavra, por estar escripta com letra maiúscula, é

apenas um adjectivo gentilico ou patrio. — O *finado Maranhense* quer ditar: um filho qualquer do Maranhão, que se finou!!

Mas fallemos serio. Em portuguez nunca os adjectivos, salvo quando, o que é commum a qualquer vocabulo, estão (no principio do periodo ou do verso, e ainda ordinariamente quando precedidos de dois pontos, como neste exemplo do Padre Manoel Bernardes:

— E agora digo-te: Grande é o espirito de Deus, que desce a illumiar-te —

escrevem-se com letra maiuscula ou cabidola. — Sotero dos Reis, *Gram. port.*, pag. 255; Freire da Silva, pag. 194; Cunha Portugal, *Orth. da ling. port.*, pag. 56.

— Lingua... tão rica e bem dotada como filha primogenita da latina — Vieira, *Approv. á 3ª P. da Historia de S. Domingos por Frei Luiz de Souza*, e que serve de epigraphe á obra de Leoni, *Genio da Lingua Portugueza*.

— Em Aljubarrota foi escripto o documento á ponta de lança por mão de *castelhano* — Alexandre Herculano na *Abobada*.

... todo o reino se perdera por o poderio do dito rei e ajuda dos maus *portuguezes*. — Fernão Lopes, *CHRON. D'EL REI D. JOÃO I*, cap. II.

Ter coragem para pretender que na oração *á laia do finado Maranhense*, são adjectivos as duas ultimas palavras, e querer lavar a injuria que dellas transluz com o escarneo ao bom senso alheio. Pode pois o querelado repetir com Cicero, já que a sua defeza não sómente não é por si, sinão contra si: *Hoc non modo pro me, sed contra me est potius*.

E assim como o commum *usus loquendi*, para designar o homem de força muscular extraordinaria chama-lhe Hercules, Jacques Ferrand ao avarento, Lovelace ao namorador voluvel, assim entre nós chama Maranhense ao cavalleiro de industria, ao larapio sem vergonha.

Aquella palavra só por si demonstra o *animus injuriandi* em quem a dirige contra alguém.

Onde está, pois, o equivoco, uma vez que o sentido da palavra assenta no commum *usus loquendi*?

ET CAETERA... E TAL POMADA.

As expressões *pomada*, *pomadista*, têm, na linguagem vulgar, quando dirigidas contra alguém, significação francamente injuriosa, qual a de *parlapatice*, *fanfarronada*, *parlapatão*, *jactancioso*, *bobo*, *patarata*.

Que se vê nas origens historicas desse unguento aromatizado para serviço da faceirice vadia, sinão doloso recurso do embuste que patranhamente se apavona? Cleopatra, a soberana da belleza, porque o era tambem da luxuria, foi aos cosmeticos de subtis perfumes capitosos, quando já se lhe começavam a notar os primeiros desalentos das primeiras rugas, que pediu as tentações domadoras do valoroso Cesar, a quem talvez se dirija este verso da famosa tragedia de Mme. de Girardin:

*On tremble... on est vaincu... mais avec volupté!*

Na zombaria maliciosa *pomadista* e *pavão* se equivalem. O pomadista é comico a se incarnar em quanta caracterização a scena do momento lhe suggerir ao interesse. "Ha muita gente cujo entendimento he semelhante á cauda do pavão, a qual todas as vezes que se move, muda. *Toties denique mutanda, quoties movenda.*" Cavalleiro de Oliveira, *Cartas*, liv. 1º, n. 22, *apud* Fr. Domingos Vieira, *Dicc.*, vb. *Pavão*.

Eis ahi: é quasi uma diáphora.

Um exemplo frisante. Carrara, o famoso criminalista italiano, é tão pouco entusiasta dos francezes (e aqui estão dous adjectivos gentilicos escriptos com letra minuscula), que em nota ao § 3419 do seu *Programma* chegou a escrever o seguinte: *Ma che cosa vi ha egli di buono*



*nel diritto penale che sia venuto dalle leggi di Francia? Erit mihi magnus Appolo chi me lo insegnerà."* Pois bem: querendo elle, na obra *Lineamenti di pratica legislativa penale* (pag. 157), significar que as theorias francezas são notaveis apenas pela superfluidade, pelas figuras vazias de fundo scientifico, exprimiu-se nestes termos: *I francesi brillano per una speciale attitudine ad ideare certi motti sonori e certe formule le quali hanno le proprietà delle POMATE COSMETICHE in quanto appianano le scabrosità delle parti rëndendone più agevoli e meno ruvide i conttati senza niente mutare nella loro sostanza."*

E contra a accusação neste ponto, que allega o querelado? Reincide na injuria, zombando de todos. Pretende que escreveu aquella phrase como poderia ter escripto estoutra, que lhe é equivalente: *et coetera... e tal pontinhos*. Mas, á parte a sarcastica ingenuidade da pretensão, esqueceu que logo abaixo, para prova do sentido injurioso em que empregou o *et coetera e tal pomada*, accrescentou que o queixoso *pensava nos invejados successos de Piver*, o conhecido fabricante de pomadas e cosmeticos!

Onde está o equivoco? *Erit mihi magnus Apollo* quem m'o dissesse.

— O SR. DR. DOMINGOS ESTAVA CERTAMENTE SOB A INFLUENCIA DE UM BOM JANTAR.

Não precisa o queixoso de se deter na demonstração de que nesta phrase, sem minimo equivoco, se lhe assaca a injuria de o fazer passar por bebado.

Basta a propria defesa: *Não ha injuria, porque o adverbio CERTAMENTE exprime duvida (!!) Não ha injuria, porque ali se diz que o queixoso passou bem, que teve um bom jantar. Muitos ha que jantam bem, e nunca beberam uma gotta de vinho em sua vida.*

Sobre a injúria impressa, a ironia na defesa; quer dizer: prova reiterada do animo injurioso. Sim: *certamente* exprime duvida como mentira o adverbio verdadeiramente. Quando Vieira disse (*Sermão da sexagesima*; Lisboa, 1872, pag. 57): Verdadeiramente não sei de que mais me espante — si pudesse elle se referir ao querelado, querer dizer que tal defeza não o espantava. Havia de ser isso mesmo. Sim: aquella phrase *depois de um bom jantar* quer dizer jantar sem vinho pela mesma figura por que os portuguezes deram ao cabo das tormentas o nome de Cabo da Boa Esperança. Mas quem não sabe que a ironia, expressão favorita do desprezo, da repugnancia, da colera, na definição de Le Clerc (NOUVELLE RHETORIQUE, pag. 282), é o ultimo recurso da injúria?

O querelado elogiava o queixoso! “Parece-se este modo de conceito, disse o Padre Manoel Bernardes, com o que usam alguns engenhos travessos, louvando a pessoa ou a cousa para a deslustrar” — *Nova Floresta*, II, 273.

Não; o sentido está ali patente e unico. E si embriagar alguém malignamente para o ridicularizar, é injúria, maior é suppô-lo ebrio. — Paccioni, *Commenti*, vol. IV, pag. 651.

## § 2º

### *Do animo na injúria*

Dest’arte arredada, pela significação usual daquellas phrases, a hypothese do equivoco, e, portanto, a applicabilidade do art. 240 Cod. Crim., bastam duas das regras referentes ao *animus injuriandi* para que fique fóra de duvida que houve no querelado o animo de injuriar o querelante.

#### a)

A primeira regra é que a intenção se deve apreciar segundo as relações que unem as partes, e segundo as circumstancias do facto.

Mas os autos patenteiam abundantemente quaes aquellas relações e quaes as circumstancias que motivaram a publicação incriminada. Pois será possível, ao mais simplorio dos ingenuos, pôr em duvida o animo injurioso no querelado desde que este foi despedido do collegio dirigido pelo querelante? Tal despedida motivou aquelle artigo: e porque o querelado foi despedido, deve lhe aproveitar a defeza — que nas phrases em que chama ao queixoso pomadista, bebado, em que o indigita como fanfarrão a fazer reclamos em pró do seu collegio, não teve a intenção de o injuriar!

Si, como disse Cherbuliez, na imprensa o bem e o mal andam por tal modo unidos que os separar é difficil, tambem é certo que, para os discriminar, basta o olhar penetrante da Justiça.

b)

A outra regra é a seguinte: que o dolo, isto é, o *animus injuriandi*, sempre se presume quando o injuriante protesta, com phrases inverosimeis, não ter querido injuriar — Carrara, *Programma*, § 1757 e nota.

— *Niente mi curo*, diz o sabio criminalista, *che chi me fa del male protesti di non volermelo fare quando me lo fa*.

— *Nè può dirci*, accrescenta logo, *che la protesta escluda l'animo d'ingiuriare, mentre invece per la medesima si rivela la conoscenza che ciò che va dirci sarà offensivo*.

Meio facil seria esse, conclúe o notavel criminalista, de insultar sem risco de pena.

E si observarmos que os protestos de defesa constante dos autos não são mais do que ironias e sarcasmos, unico meio que achou para explicar suas inequivocas expressões, evidente se torna o sentido em que as empregou. Esse tristissimo recurso de defesa só por si revela o animo de injuriar. — Dalloz, *Répert.*, vb. *Presse-outrage*, n. 820.

## Conclusão

Portanto, respondo:

1º) O queixoso deve appellar.

2º) Quanto é possível confiar da justiça, deve a appellação ser provida.<sup>1</sup>

*S. Paulo, Fevereiro de 1884.*

## LXXII

— Caracteristicos da tentativa e da cumplicidade.

Pedem-me que, examinado o processo em que é A. o Dr. Elias e RR. o Dr. Edgard e Carlos.

## Responda

I. Si houve tentativa de homicidio;

II. Si Carlos foi cumplice.

/

Desde sua significação lexicologica — *esforço para um fim determinado* (Littré, *Dict.*, v. *Tenter*) e de sua noção doutrinal — *realização de uma parte dos actos cujo conjuncto constitue a infracção, id est: execução parcial do acto* (Carl Stooss, *Exposé des motifs de l'av. — proj. de Cod. pén. suisse*, pag. 27) — até a sua definição legislativa — *começo da execução de um crime* (Cod. Pen., art. 13) — a tentativa se assignala pelos mesmos principios psychicos e physicos que entram na estrutura jurídica de qualquer delicto: *a)* vontade deliberada de consummar determinado crime; *b)* manifestação externa desta vontade por actos inequivocos. O

---

<sup>1</sup> Encarregado de arrazoar a appellação, reproduzimos desenvolvidamente este parecer. Foi o recurso provido pelo acc. de 3 de Maio de 1884, e condemnado o réo.

traço diferencial é este: na tentativa taes actos ficaram suspensos por circunstancias independentes da vontade do criminoso.

Deste conceito vem, que só ha qualificação legal de tentativa quando, provada a intenção de commetter determinado crime, os actos da execução começada provam tambem que o fim a que se propunha o delinquente era precisamente a consummação do delicto que se diz tentado, mas não aquelle em que ficou pela interrupção fortuitamente sobrevinda. Exemplificando com a hypothese da consulta: a tentativa de homicidio só ficaria provada si provado tambem ficasse que as navalhadas foram dadas com o animo deliberado de matar, consecução não obtida por intervenção de terceiros, testemunhas do conflicto; sem esta prova, só fica provado o crime de ferimento, descripto no auto de corpo de delicto.

Esta lição tem o consenso unanime dos escriptores. E' assim que:

Geyer (*Del tentativo, Riv. pen.*, vol. XIV, V) faz deste nexo entre o fim ulterior proposto e o começo de execução, a pedra angular do seu systema;

Berner (*Lehrbuch*, pag. 192) sustenta que a tentativa só é punivel quando nella se revella a *intenção criminosa* de se consummar o crime em cuja execução se foi interrompido;

Mittermaier (*Beitrage*, pag. 17) exige a prova da serie dos actos tendentes á consummação do crime tentado;

Champcommunal (*E'tude de législ. comparé sur la tentative*, pag. 17) ensina, com admiravel lucidez, que a tentativa não consiste sómente no começo de execução do acto que constitue o crime apreciavel, mas no do crime resolvido;

Rivarola (*Expos. y crit. del Cod. Pen. de la Rep. Arg.*, vol. 1º, p. 52 e segs.) insiste em que a caracteristica da tentativa está nessa relação entre os actos praticados e o delicto resolvido.

E assim todos os mestres mais reputados na sciencia do direito criminal; na inequivocidade do começo de execução relativamente ao delicto imputado é que assenta a physionomia juridica da tentativa — Carrara, *Progr.*, § 356; Puccioni. *Verballi*, 1889, pag. 186; Harris, *princ. of the Crim. Law*, pag. 14, etc.

Ora, basta a simples leitura do processo para convencer de que a intenção do R. tanto era só ferir o A., que, si o quizesa matar, houvera-o feito em um segundo. O individuo que, de navalha empunhada, teve tempo para fazer em outrem os seis ferimentos descriptos no auto de corpo de delicto, só não matou porque não quiz.

Demais si bastasse haver, para a constituição da tentativa de homicidio, taes e taes ferimentos, mais ou menos lethaes, sempre que estes se dessem, haveria tentativa de morte, nunca, porém, o crime de offensas physicas.

Tal idéa está perfeitamente contida na seguinte lição de Viada, *Codigo Pen.*, Sup. 3º, p. 26, transcripto no citado Rivarola, n. 52:

“Esta regla de la inequívocidad de los actos exteriores con relación al delito, y que he tenido como la más segura para calificar con acierto los hechos que constituyen tentativa, ha sido también la adoptada por el Tribunal Supremo de España que ha declarado que para la ejecución del delito de homicidio es de rigurosa necesidad que el propósito de privar de la vida á una persona se manifieste por actos che de una manera *inequívoca* tiendan á conseguir aquel resultado por medios adecuados en el principio de la ejecución, siendo de advertir que en el caso se trataba de una lesión inferida en el rostro, profiriendo palabras de muerte”.

Eis ahi: e se aquelle caso tem alguma linha de differença comparado com a presente hypothese, é que nesta o indiciado, longe de proferir palavras de morte, feriu tão silenciosamente, que só depois de mirar em espelho, é que a victima comprehendeu que estava ferida.

Concluo, pois, pela negativa: não houve tentativa de homicidio.

//

Quanto á pretensa complicitade de Carlos, adopto plenamente o parecer do Dr. 1º Promotor Publico.

Nosso Codigo, seguindo a maioria dos codigos estrangeiros, enumerou taxativamente (art. 21) os meios de cooperação constitutivos da complicitade: sem que se prove haver o indiciado commettido algum dos actos definidos em algum dos paragraphos daquelle art. 21, não se o póde haver como cúmplice — e tal é o systema scientifico mais apreciado — Groizard, *El Código Penal* de 1870, vol. 1º, pag. 583. Tambem no nosso art. 21 estão figurados todos os meios de concurso ou cooperação geralmente imaginados ou previstos pelos legisladores e pelos tratadistas, e que Carrara *Program.*, § 431, enfeixa nas suas tres categorias, de concurso de acção sem concurso de vontade, desta sem aquella, desta e daquela cumulativamente.

Ora, o indiciado Carlos, ao envez de praticar qualquer daquelles actos, procurou evitar que o conflicto, começado emquanto elle, no salão da frente do Club, conversava placidamente com consocios sobre assumpto innocente, se prolongasse ou tivesse consequencias mais funestas; e si não chegou a tempo de o impedir, como depôz a testemunha Dr. Vieira, sem esforço se conclue que o não promoveu, não o provocou, nem o auxiliou; ao contrario, conforme a testemunha Dr. Carlos Sobrinho, *fez signaes ao Dr. Edgard para evitar o conflicto.*

Mais ainda: parecendo do processo ter sido o movel do crime o facto de haver o A. injuriado o indiciado Carlos, pai do outro R., este soube de taes injurias por intermedio de terceiros — pois Carlos, no dizer da testemunha Dr. Mello, até *procurava occultar do filho as injurias do Dr. Elias.*

Portanto, si Carlos não cooperou moralmente no crime, nem physicamente, pois está provadissimo que só *os dous moços*, conforme a testemunha Aristides, *tomaram parte no conflicto*, a unica conclusão é que não foi cúmplice.

Este é o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 6 de Abril de 1898.*

### **LXXIII**

- Interpretação do § unico do art. 315 do Codigo Penal.
- Casos em que se póde verificar a excepção ali prevista.

### **Consulta**

Em processo por crime de calúnia foi o réo admittido a provar a verdade do facto criminoso imputado ao queixoso.

Este facto consistia em adulterio.

O réo provou o facto, mas o juiz não o isentou da pena, fundado no ultimo versiculo do § unico do art. 315 Cod. Pen.

Esta decisão é juridica?

### **Resposta**

Não pode haver, quanto ao seu fundamento, decisão mais injuridica. E aquella o é duplamente: 1º) porque admittiu prova do facto imputado no caso unico em que o Codigo nega o direito de produzir prova; 2º) porque patentemente falseou a verdadeira interpretação do alludido versiculo *salvo quando*.

Demonstremol-o.



1º) Tanto quanto é possível construir uma interpretação razoável, sobre a péssima redacção daquelle paragrapho, supprindo, pelo seu confronto com outras disposições, o que talvez o autor do Código quiz dizer mas decididamente não disse, parece indubitável que o querelado por crime de calúnia só não poderá, para o fim de se isentar da pena, provar a verdade do facto imputado, quando este fôr o adultério.

E assim penso porque, percorrendo o Código, o unico *direito de queixa privativo de diversas pessoas*, como diz aquelle §, é o do art 279 § 2º, *ibi*: "A accusação do crime de adultério é lícita SOMENTE aos conjuges."

Si o Código quizesse referir-se, naquelle §, ao direito de queixa que, pelo art. 470 § 1º, compete *á parte offendida ou a quem tiver qualidade para representá-la* (outra redacção infeliz), não teria dito *privativo de determinadas pessoas*. Esta locução não pode indicar sinão uma individualidade singular determinada, como o conjuge; nem literal nem logicamente é lícito generalizá-la a todas ou quaesquer das pessoas que possam ser offendidas pelo delicto ou ás que, segundo as regras do direito civil, tenham qualidade para representar aquellas outras.

Tão pouco lhe é applicável a regra do n. 2 do § 2º do mesmo art. 407, segundo a qual, nos crimes de violencia carnal, rapto e parto supposto (além dos de adultério e de calúnia e injúria) não cabe denuncia do ministerio publico, sinão unicamente queixa da parte.

E dizemos não ser applicável aquella regra porque estes casos já estão comprehendidos no anterior § 1º, nos quaes, como dissemos, não cabe aquella restricção do final do art. 315.

---

2º) A interpretação do § un. do citado art. 315 levaria ao absurdo si a limitássemos restrictamente na respectiva letra.

*Eis aqui:*

— E' isento da pena o que provar ser verdadeiro o facto imputado, salvo quando o direito de queixa resultante delle fôr privativo de determinadas pessoas.

*Por outra:*

— O querelado de calúnia, que provar ser verdadeiro o facto imputado, fica isento da pena —

salvo quando a calúnia consistir em facto cuja queixa fôr privativa de determinadas pessoas.

*Literalmente quer dizer:*

— Quando o direito de queixa resultante do facto calumnioso fôr daquela natureza, ainda que o querelado prove ser verdadeira a imputação, não ficará isento da pena.

Ora aqui está ao que pode levar a má redacção das leis, vicio actualmente epidemico; tão perigoso e generalizado que levou um juiz, quer dizer, aquelle que deve ser havido como verdadeira *anchora legum*, a proferir a pavorosa sentença de que a consulta dá noticia.

Aquelle *salvo* está ali servindo de ponte a um conceito legal pessimamente redigido. O que o Codigo quiz dizer, mas o redactor adulterou, era isto:

— A prova da verdade da imputação isenta da pena; mas só é admissivel quando o direito de queixa resultante della não fôr privativo de determinadas pessoas.

Outro não pode ser o pensamento da lei, visivelmente trahido por aquella infeliz redacção. O juiz não podia ter admittido a prova do adulterio, e porque o não podia é que, apesar de havel-a admittido e de

ter sido ella produzida, não deve o querelado se isentar da pena. Aliás, a interpretação errada por parte de um juiz teria o effeito absurdo de modificar o direito escripto.

Assim penso, salvo melhor juizo.

#### LXXIV

— A locução — *ou outras semelhantes* — do art. 370 § un. Cod. Pen. somente se refere a *apostas de corrida*.

— Entretanto, as apostas sobre o jogo da péla, posto que não estejam comprehendidas na excepção do citado § un., não são das prohibidas.

— O jogo da péla não é jogo de azar.

#### Parecer

Quanto ao 1º — Esforço-me para atinar com a razão da duvida. Si é certo que a 1ª regra de hermeneutica juridica, como de qualquer interpretação, consiste em não desprezar as lições grammaticaes; si é também certo que, conforme taes lições, os complementos restrictivos, qualificativos ou quaesquer outros, têm syntaticamente a acção de modificar a extensão da idéa principal contida na oração modificada, "*ou outras semelhantes*" do § unico do art. 370 do Codigo Penal, não pódem se referir sinão a *apostas de corridas*. Não se refere nem a apostas sómente, porque então todas e quaesquer apostas seriam licitas, pois que, como apostas, isto é, *risco de perda de uma entrada de dinheiro para ganho de maior somma* (Louis Royer, *Du jeu et du pari*, ch. XX), todas são semelhantes entre si, nem unicamente a corridas, pois que a disposição do codigo allude, não a corridas, mas a *apostas de corridas*. Decompondo a letra da lei, teremos, consoante o seu espirito, o seguinte:

apostas de corridas a pé,

apostas de corridas a cavallo,  
apostas de corridas *out rigers*,  
apostas de corridas a bicycleta,  
apostas de corridas a carro,  
ou outras semelhantes.

Quanto ao 2º As apostas sobre o jogo da péla não me parecem compreendidas na excepção do § unico do art. 370, pois este não é jogo de corridas, mas não tenho duvida em tel-as como permittidas porque não entram na classe dos chamados jogos de azar, unicos que, no systema do codigo, são prohibidos. Leve-se esta conclusão á culpa do legislador, que tão obscuramente redigiu o cit. § unico.

Si não bastasse a definição legal dos jogos de azar — *aquelles em que o ganho ou perda dependem exclusivamente da sorte* — definição que, traduzida literalmente do codigo hungaro das contravenções (Lei XL de 1879, art. 91), é muito melhor do que a do art. 487 do codigo italiano, *quelli nei quali la vincita o la perdita, a fine de lucro, dipenda interamente o QUASI INTERAMENTE dalla sorte*, a qual deixa de pé a objecção de Arabia, na sessão de 17 de Março de 1889, da commissão revisora do projecto Zanardelli, isto é, que as palavras *quasi interamente* "danno alla definizione dei giuochi d'azzardo troppa estenzione, tanto da comprehendervi quasi tutti i giuochi, essendo ben rari quelli in cui non c'entri la sorte (*Verballi*, pag. 796)" — o poderoso auxilio que á interpretação nos traz o estudo da legislação comparada, que se póde chamar, como diz Saredo, o elemento historico da hermeneutica juridica, convenceria de que o jogo da péla não é de azar, e que, portanto, é licito.

Assim, já a obsoleta Ord. L. 5º tit. 82, só prohibia, como de azar, os jogos de dados ou cartas; mas porque na prohibição generica dos jogos de carta ia até prejuizo economico-industrial, foram permittidos os

que se fizessem com as cartas do estanque (LL. 17 março 1605 e 31 julho 1760), contanto que os jogos não fossem *de parar* — L. 25 janeiro de 1677 § II, *ibi*: “nenhuma pessoa de qualquer titulo e preeminencia, por maior que seja, *use jogos de parar*, que os DD. chamam de *fortuna*, expressão esta que se conservou no moderno cod. pen. port. arts. 265-267, e designa aquelles em que não entra por completo a industria, o talento, a habilidade, a força, sinão exclusivamente a sorte cega.

O direito romano permittia expressamente os jogos athleticos ou aquelles em que se põem em exercicio as forças physisas do homem — frg. 2º § 1 de *aleatoribus* (XI, 5); e no frg. 3 *eodem* permite apostas sobre taes jogos, já permittidas pelas leis Ticia, Publicia e Cornelia, diz ali Paulo — o que não é permittido, conclúe o texto, nos certamens que não sao de puro exercicio: *sed ex aliis, pro virtute certamen non fit, non licet*.

E esta era a idéa dominante no direito romano; quer dizer, desenvolver, pelos jogos ou exercidos physisos, a força muscular do homem. Assim Justiniano, noCodigo *de aleatoribus*, permittiu cinco especies de taes jogos, a saber:

1) *Monobolos*, que para Cujacio consistia no pular ou saltar sem auxilio da barra;

2) *Contomobolos*, ou saltar com auxilio da percha — *saltus conto suffultus*, diz Cujacio;

3) *Quintanus contax sine fibulu*, isto é, atirar o dardo ou lança só com a mão, sem fivella ou cinta,

4) *Perichytes*, ou o combate e a luta — *est luctoe exercitatio, s. colluctatio*;

5) *Hippice*, que eram as corridas em carro ou a cavallo *Hippódromus*, ou picadeiro — Vid. Strychio, *Us. mod. Pand.*, XI, V, §§ 13-18; Glük, *Pandek.*, § 757.

No Código, L. XI, lit. V. estes cinco jogos têm os nomes de *comon-bélon*, *comon-diaulomolon*, *rhindalca*, *kayron* e *ecperusan*, todos indicativos de destreza e força; e tanto é certo que só a esta ideia obedecia o imperador, que na const. 1ª h. t., logo abaixo da permissão das *hippice*, proibiu explicitamente as corridas de cavallos de páo, *equi lignei*.

Só no que Justiniano restringia a liberdade daquelles cinco jogos — tendo em vista o bem de seus subditos — *commodis subjectorem prospicientes* — era quanto á somma maxima das apostas. *Nec permittimus ultra unum solidum*.

O código Napoleão exceptúa da prohibição do jogo e aposta — *les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval...*, LE JEUX DE PAUME — art. 1.966.

O cod. pen. toscano de 1856 prohibia o jogo da péla sómente nas estradas abertas e nas praças publicas, e isso só com o intuito de acautelar o publico — art. 83.

O cod. de Sardenha de 1859 assim se exprimia no art. 474: Sono vietati tutti i giuochi *d'azzardo e d'invito*, *nei quáli la vincita o la perdita dipende della mera sorte*, SENZA CHE VI ABBIA PARTE O COMBINAZIONE DI MENTE, O DESTREZZA O AGILITÀ DI CORPO.

O código municipal de Chicago, art. XXIII, ns. 1307 a 1313, enumera os jogos prohibidos: E. O., A. B. C., *rooley-poley*, *keno or faro table*; *faro bank*, *roulette* — mas nada diz que alluda siquer, entre os *games of chance or hazard*, os jogos athleticos e menos nomeadamente a péla (*bullet or pellet*).

Portanto, com Chauveau e Hélie, *Théor. du cod. pen.*, ed. belga, n. 3588, concluamos com considerar fóra da classe dos jogos de azar aquelles em que, como o da péla, as combinações do jogador pódem

de algum modo dominar o resultado; e portanto, sendo licitos taes jogos, não pódem tambem deixar de sel-o as apostas feitas sobre elles.

Salvo melhor juizo.

*S. Paulo, 12 de Agosto de 1896.*

## **LXXV**

— O art. 329 do Cod. Pen. revogou o art. 2º da L. de 18 de Setembro de 1850.

— A invasão ou damno de coisa immovel já demarcadamente de terceiro, constitúe o crime ali definido, sem embargo de quaesquer pretensões possessorias por parte do réo.

## **Consulta**

Correndo entre Antonio e José, acção de divisão e demarcação das respectivas fazendas, José confessou de plano o rumo indicado por Antonio, e consoante esta confissão, foi a acção julgada por sentença, que passou em julgado.

Em virtude do que, José abandonou as plantações que já havia feito em partes que ficaram, por esta sentença, pertencendo a Antonio.

Não obstante, passando um anno mais ou menos, José, pretextando o exercicio de actos possessorios, e invocando o art. 2º da L. de 18 de Setembro de 1850, segundo cujo preceito não se trataria mais do que de uma perturbação de posse, ou mesmo esbulho, reparaveis, não por acção criminal, mas por acção civil, voltou ao logar das suas antigas plantações, e invadindo as já referidas partes de terra, queimou mattas, roçou e plantou.

*Em vista do exposto,*

quer-se saber si é procedente aquella pretensão de José ou si no caso se caracteriza o crime do art. 329 do Codigo Penal?

### **Resposta**

Não é nova a questão em nossa pratica. Na appellação criminal n. 93 de Itapetininga já della nos occupámos detidamente, afinal resolvida por accordam de 20 de Outubro de 1893, no sentido das nossas allegações.

E porque os dois casos se approximam tanto um do outro que mais parecem um só, respondo á presente consulta juntando um exemplar daquellas allegações. Nada de novo me occorre accrescentar á demonstração que ali fizemos desta these, em que fica completamente compendiada a nossa resposta.

— O art. 329 do Cod. Penal revogou o art. 2º da Lei de 18 de Setembro de 1850.

### **Portanto,**

— Não procede a allegação de José: o caso de que se trata perfeitamente se enquadra no art. 329 do Cod. Penal.

---

### **Pelos appellantes**

— Vous employez le mot dans un sens, moi je l'entends dans un autre: dangereux équivoques qui, passant des mots aux idées, faussent celles-ci au moyen de celles-là!

ORTOLAN, *Elém. de Dr. Pen.*, n. 380.

“Si quizessemos, em fidelissima synthese, definir a sentença appellada, n’aquella passagem do maior dos criminalistas francezes teriamos encontrado quanto de melhor pudemos desejar. Compendio de equívocos, cada qual mais claro, cada qual mais flagrante, é a sentença de fls. 133 a negação patente da lei e da justiça.

Não frisasse pela desconsideração (e está muito longe de nós tão immerecido conceito), diríamos que o julgador foi o melhor dos



advogados; e si mais fôra mister ao venturoso Réo para ficar escoimado de culpa e pena, talvez lh'ó houvesse *outorgado* o honrado juiz *a quo*. Hyperides, Cicero ou Demosthenes não apuraria tanto a habilidade de sagaz patrono. *Fama, decusque fori*, na expressão de estimado poeta.

Effectivamente, o julgador limpou os autos tão absolutamente de tudo quanto pudesse se parecer com o crime imputado, que só faltou deificar o Réo. Não se contentou, já que estava escripto o sacrificio da justiça, com absolver-o com o sedição pretexto de deficiência de prova, mesmo a despeito da confissão livre e claramente feita; foi mais longe, fez quanto era possível, fez tudo isto:

I. Julgou que o acto imputado não constituia crime.

II. Julgou mais, que quando constituísse, fallecer-lhe-iam na hypothese os elementos constitutivos de todo delicto:

a) damno objectivo;

b) dolo criminal.

Não foi nesta ordem que a sentença appellada chegou á sua injusta conclusão; mas será por esse caminho, que nos parece o logico, que tentaremos refutal-a.

O direito, em sua integridade ethica e pratica, nos demonstrará que o Appellado é criminoso, e deve, consoante a mais pura justiça, ser condemnado na pena legal.

---

### 1ª Parte

*O facto imputado ao réo enquadra-se no art. 320 do Cod. Pen. Revogação tacita do art. 2º da L. de. 18 de Setembro de 1850.*

O facto, em poucas palavras, é este:

As fazendas *Monte Verde* e *Bôa Vista*, situadas na comarca de Itapetininga, e pertencentes aos Autores, ora Appellantes, estão perfeitamente extremadas. O respectivo rumo, divisorio, aberto ha dois annos mais ou menos, é limpo e visivel. Sempre reconhecido e respeitado por todos os moradores da comarca, particularmente o era, por actos inequivocos da mais positiva confissão, pelo proprio Réo, ora Appellado.

Assim é, que ao promover-se judicialmente a divisão e demarcação daquellas fazendas, o Appellado, na audiencia de fls. 16, confessou de plano a acção dos Appellantes; assim é ainda, que julgada esta, nenhuma opposição lhe fez elle; assim é finalmente, que tendo o Réo, ao tempo da divisão, roça e paiol nas terras dos Appellantes, para mais significativamente conformar-se com os rumos traçados, tudo abandonou, assignando até um termo de desistencia a qualquer posse que por ventura tivesse. Todos estes factos constam provadamente dos autos, sem fallarmos da circumstancia, a cada passo referida pelas testemunhas, e não menos significativa, de haver o Appellado abertamente se arrependido do que praticou, ao ponto de pedir perdão.

Pois bem: não obstante tão positivo reconhecimento da propriedade dos Appellantes, o Appellado, entre cuja fazenda, note bem o Tribunal, e a dos Appellantes, ha terras de permeio (fls. 77 e outras), invade, em Outubro do anno passado, as terras dos Appellantes, e mais de trez kilometros para dentro do rumo divisorio, queima, derruba e planta.

No auto de corpo de delicto, a fls. 46 v., leem-se os seguintes topicos:

“Tendo ido elles peritos da dita roçada (a feita pelo Appellado) até o rumo divisorio, calcularam que da mesma roçada ao dito rumo existe uma distancia, para dentro da fazenda, de 3 kilometros pelo menos.

Tendo ainda examinado a effectiva existencia do rumo e verificado que conserva-se aberto e sem nenhuma alteração do que ficou estabelecido na divisão e demarcação aviventadora que se fez na

referida fazenda, na qual serviu de agrimensor o primeiro, e de balisa o segundo perito."

E respondendo aos quesitos, depois de affirmarem que houve destruição das matas de capoeira existentes na fazenda, destruição operada por fouces e fogo, dizem os peritos:

"Ao 6º, sim: o rumo divisorio está visivelmente aberto, de modo a não haver duvida sobre a sua existencia legal.

Ao 7º, sim: a roçada está dentro da fazenda *Boa Vista*, e dista do rumo tres kilometros pelo menos."

Ao auto de corpo de delicto se junta o depoimento uniforme de todas as testemunhas do inquerito e da formação da culpa. As primeiras, de fls. 50 a fls. 53, e as outras, de fls. 75 a 94, umas e outras em numero de dez, deixariam fóra de contestação possivel, si alguma prova mais fosse precisa além do referido auto, estes dous pontos capitaes: 1º) extremação visivel da fazenda; 2º) invasão desta, por meios violentos e com damnificação de plantas e matas.

Finalmente, ahi está a propria defesa a corroborar a accusação. O Appellado annunciou á testemunha de fls. 9 que invadiria a fazenda "Boa Vista", e depois de effectivamente fazel-o, diz a testemunha de fls. 75 que assim fez, *não obstante pertencerem taes terras aos Appellantes, porque suppunha ainda vigorar a lei antiga* (sic. a fls. 75 v.) isto é, a L. de 18 de Setembro de 1850.

Vide ainda a defesa escripta de fls. 129 i. f., onde, deste pretenso argumento, faz-se a justificação do Réo.

---

Assim confessado e provado o facto originario da acção, aos bicos da penna do juiz devia immediatamente ter saltado a respectiva qualificação criminal. E ali estava ella, clara, positiva, irremissivel, na primeira parte do art. 329 Cod. Pen.: *Damnificar immovel alheio*.

Si alguma vez o titulo de um crime póde ser achado sem possibilidade de duvida ou polemica, esta é uma. Qualquer que seja a escola a que andeis filiado na determinação do genesis juridico da classificação dos delictos: sejais, pelos classicos, com Carrara, pelos positivistas, com Lombroso, pelos ecclecticos, com Silió, haveis de convir na orthodoxia, como diz Faranda (*It titolo del reato, Introd.*), deste conceito, em que todos os systemas convergem: o crime se qualifica pelos termos da sua definição legal. E muito bem diz Dorado Montero, que diante de tal vulgaridade nem valia a pena aos chefes de escolas darem tanto que fazer aos prelos.

O Réo queimou e cortou matas da fazenda em questão; tal fazenda não é sua, mas immovel alheio...

Entretanto, como o Réo tinha de ser absolvido, ficaram sacrificadas as mais vulgares lições da hermeneutica juridica para se galvanizar o obsoleto art. 2º da L. n. 601 de 18 de Setembro de 1850, e chegar-se a concluir que nos actos acima relatados *não se deu mais do que uma perturbação de posse, ou mesmo um esbulho* (turbação ou esbulho? não o sabe bem o julgador !), *reparaveis* (no plural ? agora diz-se que houve turbação e esbulho!) *não pela sancção penal, mas pela civil.*

---

Da controversia dos autos, este é o ponto culminante.

Para entender que ainda vigora aquella disposição da lei de 1850, composta de duas partes: 1ª) especial penalidade contra os que se apossassem de terras devolutas ou alheias, e nellas derribassem matos ou lhes puzessem fogo; 2ª) inapplicabilidade desta pena nos actos possessorios entre heréos confinantes — usou o juiz *a quo* de varios argumentos, todos fragilimos.

I. — O primeiro delles é quasi incomprehensivel.

— “O Cod. criminal de 1830 punia o crime de damno com a mesma latitude que o código vigente, e todavia a lei de 1850, punindo aquellas violações de direito, não declarava derogar disposição alguma d’aquelle código; donde a conclusão, que os factos definidos por aquella lei, consideram-se fóra da esphera do direito penal”.

Ha nesta passagem da sentença appellada longa serie de... equívocos.

Em primeiro lugar, a lei de 1850 é posterior ao código de 1830. Ora, é principio inconcusso da hermeneutica juridica, que a lei posterior deroga a anterior em contrario. Logo, quando mesmo o código de 1830 consignasse a figura criminosa de que ahi se trata — isto é, damnificação de predio rustico alheio, por meio da fouce, do machado ou do incendio — o citado art. 2º da Lei de 1850 tel-o-ia derogado nesta parte. Creando penalidade nova, a lei especial posterior apenas teria abolido a pena do art. 266 do Cod., mas de modo algum daria lugar a que se pudesse dizer que tal figura de damno ficava fóra da esphera do direito penal. E na natureza dos principios, o que significa dizer que um facto punivel está fóra do direito penal, só porque não figura no código criminal, mas em uma lei de natureza civil? Então as *Disposições Penaes*, por exemplo, da L. n. 434 de 4 de Julho de 1891, cap. IX, ou da Lei de 2 de Maio de 1890, tit. II, cap. I, não se comprehendem na esphera do direito penal porque estão contidas, as primeiras, em uma lei sobre sociedades anonymas, as outras, em uma lei sobre hypotheca e penhor agricola?

Em segundo lugar, neste primeiro pretenso argumento estão grosseiramente invertidos os termos da questão. A lei de 1850, dado ainda que o código criminal de 1830 comprehendesse o delicto de que se trata, especializou esta figura de damno e prescreveu novas penas; não precisava declarar derogado nesta parte o referido código, pois tal derogaçã, por força do conhecimento *nisi contrarioe sint* do fr. 28, *de legibus*, era consequencia logica e forçada. Não é só expressamente que as leis se derogam ou revogam, mas tambem tacitamente. Mas a hypothese agora é outra: é o Código Penal de 1890 que veio expressamente definir o facto em

questão e comminar penas contra quem o perpetrasse, revogando TODAS as leis em contrario, como é expresso no art. 412. Portanto, outro alcance não póde ter esta consideração da sentença appellada sinão provar redondamente contra ella; isto é, pela mesma regra porque a L. de 1850 derogou o codigo de 1830 veiu o de 1890 derogar a mesma lei.

Em terceiro lugar, não é exacto que o codigo de 1830 punia o crime de damno com a mesma latitude que o vigente, como demonstraremos em logar mais apropriado, isto é, quando mostrarmos que o facto em questão só agora é que constitue crime.

## II. Eis agora o segundo pretenso argumento do *juiz a quo*:

— “Como no Codigo Criminal sómente se incluem os crimes propriamente taes e as contravenções communs de policia, é visto que por elle se não deve entender revogada a Lei em questão, que, occupando-se de materia diversa, nos limites do seu objecto cria uma classe especial de contravenções.” —

Outra serie de... equivoccos.

a) A locução — *crimes propriamente taes* — *contravenções communs de policia* — importa a idéa de *crimes impropriamente taes* e de *contravenções extraordinarias de policia* ou *contravenções que não são de policia*. Far-nos-á o douto *juiz a quo* a honrosa graça de nos dizer si ha, e onde, taes especies de crimes e contravenções?

b) Não parece correcto dizer-se, respectivamente ao art. 2º da L. de 1850, que esta se occupa de materia diversa da do Codigo Criminal. Pois não está na propria sentença, que aquella lei creou uma classe especial de contravenções, quer dizer, crimes? Não ha duvida que ella teve por principal objecto dispôr sobre a posse das sesmarias, até então possuidas sem preenchimento das formalidades legaes, e sobre o modo de extremar o dominio publico do particular; mas tambem é certo que o seu art. 2º contem materia de direito criminal. E a que outro ramo de

direito nacional se poderá filiar, a disposição que impõe, ao autor de certos actos, nella definidos, penas de prisão e multa?

c) O maior dos equívocos em que incorre a sentença appellada é, suppondo que o Código de 1830 punia o crime de damno com a mesma latitude que o vigente, dizer que a L. de 1850, em seu art. 2º está bem visto, ficou como creadora de tão especial classe de crimes (a sentença diz contravenções, mas é... equívoco), que não só derogou aquelle Código (que aliás não conhecia contravenções) em seus artigos 266 e 267, como estabeleceu disposições puramente criminaes, mas fóra da esphera do direito criminal, e tão longinquamente fóra, que nem o novo Código Penal, embora represente a reforma completa e systematizada da nossa legislação criminal, expressamente revogando TODAS as disposições em contrario, a póde attingir. E' uma lei... de pedra e cal.

Pois não é.

O Código de 1830 não punia a figura criminosa de que ora se trata: damnificação de propriedade immovel; e tanto não punia, que foi preciso enxertar na L. de 1850, toda de natureza civil, a disposição criminal do art. 2º, e ultimamente escrever no art. 329 do novo Código, em todas as suas lettras, a expressão *immovel*. A expressão *uma coisa alheia de qualquer valor*, do art. 266 do velho Código, não comprehendia os immoveis, tanto que no artigo seguinte o Código repete o substantivo *coisa* para significar os signaes distinctivos e separativos dos predios, figura repetida no § 1º do novo art. 329. Lacuna ou proposito? Parece que a influencia das theorias sobre a posse, então publicadas, com grande sensação no mundo juridico, pelo eminente Savigny, e que justamente na epoca em que no Brazil se procedia aos estudos e trabalhos preliminares da nossa emancipação em materia de legislação criminal (1827-1830), eram divulgadas pela *Themis*, traduzidas para o francez por Blondeau, Ducaurroy e Warnhoenig, induziu o espirito dos dous mais eminentes autores do projecto do nosso Código, Bernardo Pereira de Vasconcellos e José Clemente

Pereira, a isolar absolutamente, como instituição á parte, tudo quanto dissesse respeito á posse dos immoveis, apenas regulada pelas disposições puramente do direito civil. Si o art. 267 fallava de actos que podiam referir-se á posse, punia, não a turbação ou o esbulho, mas o damno material causado sobre os signaes ou coisas que servissem a distinguir ou separar os limites dos predios. Figuras entre si distinctas, e tão distinctas, que independentemente da acção criminal contra o autor daquelle crime, podia caber o interdicto possessorio que ao caso se ajustasse.

A penalidade do antigo Codigo, com relação ao crime de damno, é, por sua diminuta quantidade, valioso argumento em pró do que vamos sustentando.

Os delictos de remoção ou damnificação de marcos divisorios e de invasão ou perturbação de posse eram, nos povos agricultores, gravissimos; tinham até alguma coisa de religiosos. No *Deuteronomio* (XIX, 14, XXVII, 17) Moysés ordenou que os Levitas pronunciassem *coram populo* solemnes maldições contra quem removesse os marcos do predio vizinho, e que todo o povo presente respondesse *amen*. — Carrara, *Progr.*, IV, 2420, nt. No Codigo de Justiniano se lê: *Eos qui terminos effoderunt, extraordinaria actione coerceri debent*. Mesmo os poetas latinos não deixaram de se referir indignados a tal delicto. Quem não trouxe da aula, de cór, os versos de Horacio (*Od.*, II, 17):

Quid, quod usque proximos

Revellis agri terminos, et ultra

Limites clientium

Salis avarus?

A punição de taes crimes variava desde a pena capital, imposta por Numa Pompilio. até a fustigação, decretada por Adriano — Dig. fr. 2º de *termino moto*; e mesmo especialmente considerada, foi a



turbação de posse em varias legislações tida como verdadeiro delicto, mas não sómente como acto civil sujeito aos interdictos possessorios; por exemplo — no Cod. Toscano de 1856, art. 426. Na antiga legislação franceza é curioso estudar a noção destes delictos e sua rigorosa penalidade — Rousseaud de la Combe, *Matières criminelles*, pag. 92.

Mas como as modernas theorias do direito civil sobre a posse modificaram as idéas do direito criminal sobre os alludidos delictos, foram successivamente os codigos firmando a noção que o nosso seguiu, isto é, não ver em taes actos mais do que o damno material das plantações ou das colheitas ou dos marcos ou signaes divisorios, deixando para o direito civil, com os institutos protectores da posse, as relações juridicas puramente possessorias. Não era a violação do *jus possessionis* que se punia; esse tinha a sua garantia na doutrina geral das acções do direito civil. E assim varios codigos dos que Carrara refere na nota ao § 2427 do seu *Programma*, puniram apenas o damno material da propriedade, com penas leves. E como o nossoCodigo de 1830 apenas previra o damno dos marcos ou signaes distinctivos ou divisorios, veio a lei de 1850 incriminar tambem a derribada e incendio de matas, comminando pena mais grave do que a do art. 267 do Codigo então vigente.

Entretanto, outros Codigos, escriptos, discutidos e promulgados depois do nosso, começaram a vêr na invasão da posse por actos violentos alguma coisa mais do que a manifestação do *animus possidendi*, que devia tambem ser reprimida pelas leis da coacção penal. Desde então voltou-se a figura primitiva do crime de *turbação de posse*.

Em 1852 apparece o Codigo portuguez punindo (art. 445), com a pena de prisão correcional, a occupação violenta de coisa immovel, arrogando-se o occupante o dominio ou a posse ou o uso dellas sem que lhe pertença. Tinham sido fontes proximas desta disposição o art. 440 do Cod. hespanhol, os arts. 72 e 73 do Cod. austriaco e os arts. 426 a 429 do Cod. Napolitano.

Commentando o art. 440 do Código hespanhol, assim se exprime um dos mais celebres criminalistas do século:

“Lo que el Código llama usurpación se ha llamado por lo comun despojo (esbulho) en nuestras leyes, y por nuestra práctica. Ordinariamente se ha visto como un punto civil; y se ha reparado con la restitución preferentemente y *ante omnia* al que la sufriera, pero sin castigo alguno verdadero.

Sin embargo, parécenos justo lo que aqui se dispone, y aprobamos de todo punto su completa ejecucion. Los actos de que se trata son atentados contra la propiedad, y cuando menos contra el orden y tranquilidad pública” — Pacheco, *El Código Penal*, III, 331.

E deste modo ficaram destacadas as duas figuras delictuosas: usurpação de posse e arrancamento de marcos — Cod. Port., cit. art. 445 e art. 446<sup>1</sup>; sendo que esta ultima já figurava na Ord. liv. 5º tit. 67.

E’ de notar que outros codigos anteriores ao portuguez de 1852 puniam ainda o acto de cortar arvores alheias, aggravadamente no caso de haver renovos ou enxertos. Assim o Cod. crim. fr. arts. 445 e 447.

Com o novo Código portuguez generalizou-se neste ponto a reforma criminal. De então em diante os mais adiantados consignaram, independentemente dos interdictos possessorios, a incriminação dos actos violadores ou turbadores da posse, sem que um só fizesse minima referencia á descriminalidade de taes actos quando praticados por heréos confinantes.

Assim, dentre outros, que fôra fastidioso enumerar, os seguintes:

Cod. da Hespanha (de 1871), art. 534:

Aquelle que occupar uma coisa immovel ou usurpar um direito real pertencente a outrem...

Cod. Hungria (de 1878), art. 421:

---

<sup>1</sup> Reproduzidos nos arts. 445 e 446 do Novo Código Penal de 1886.

Quem quer que se apodera de uma coisa immovel pertencente a outrem...

Cod. da Italia (de 1889), art. 423:

Quem quer que turba a pacifica posse de outrem sobre coisas immoveis...

Agora, quanto á outra figura do delicto: damno de coisa immovel, que, como dissemos, o Codigo de 1830 não consignava, são até nimiammente casuisticos os codigos:

da Hespanha, art. 575;

da Hungria, cit. art. 421, 2<sup>a</sup> parte;

de Zurich, § 181;

da Italia, art. 424;

da Republica Argentina, art. 350; e muitos outros.

Pois bem: veio o nosso Codigo de 1890, e quasi copiando os arts. 266 e 267 do de 1830, assim mesmo reformou e additou; e basta cotejar o antigo art. 266 com o novo art. 329 para ficar fóra de qualquer contestação que só agora é que o nosso direito pune o damno causado em propriedade immovel.

ART. 266.

Destruir ou damnificar uma cousa alheia de qualquer valor,

ART. 329.

Destruir ou damnificar cousa alheia de qualquer valor, *movel, immovel* ou *semovente*.

Si o Codigo de 1830 já puniu a derribada de matas ou o damno de propriedade immovel, porque razão entendeu o legislador enxertar na L. de 1850 o art. 2º? si já punia, que necessidade tinha o Codigo de 1890, reformando completamente *toda* a legislação criminal em

*todas* as suas disposições, codificadas ou esparsas, accrescentar, copiando o art. 266, as palavras que acima sublinhámos?

Portanto, e tal é a conclusão a que, sobre este ponto, queríamos chegar, si a L. de 1850 derogou o art. 266 do Cod. de 1830, o que é innegavel, o Codigo de 1890 revogou aquella parte da citada lei.

E esta these vai receber nova demonstração com a replica que passamos a oppôr ao terceiro argumento do honrado juiz *a quo*.

III. "O art. 2.º da L. de 1850 não ficou revogado pelo Cod. Crim. de 1890 pela mesma razão porque, a despeito deste Codigo, subsistem os Regulamentos relativos ao exercicio da medicina, á hygiene dos portos e tantos outros que estabelecem penas contra os infractores de suas disposições."

Puro... equivoco.

Os Regulamentos anteriores ao Cod. Pen. vigente estão derogados em suas disposições penaes sempre que estas contiverem materia que o mesmo Codigo regulou. Isto posto, a citação feita, na sentença, do Regulamento da hygiene publica, foi de grande infelicidade, pois tal Regulamento é precisamente um d'aquelles que na parte penal o novo Codigo derogou. O art. 72 do Dec. nº 9554 de 3 de Fevereiro de 1886, em que se definiam e puniam os abusos commettidos no exercicio da medicina e pharmacia, está derogado pelos arts. 156 e seg. do Cod. de 1890. Nem póde haver duvida sobre isto.

E porque não póde? Pela mesma razão por que ainda incide em equivoco o quarto argumento do honrado juiz *a quo*.

IV. "Tanto não está revogada a L. de 1850 pelo Cod. de 1890, que, como ensinam Chauveau e Hélie (§§ 4276 e seg.), as leis geraes só derogam ou revogam as leis especiaes quando o fazem expressamente ou quando são incompativeis; pelo que, como teem decidido os tribunaes francezes (obr. cit. § 3922), continuam em vigor as leis florestaes de 1669 e 1791 em suas disposições relativas aos delictos ruraes, não obstante o Cod. de 1810."

Perdõe-nos o honrado juiz *a quo*: para sabermos que as leis geraes não revogam ou derogam as leis especiaes sinão quando se dá um d'aquelles dous casos, não era preciso que Chauveau e Hélie nol-o ensinassem. *Leges posteriores ad priores pertinent, nisi contraria sint*, já nos havia dito o cit. fr. 38 *de legibus*.

Mas são compativeis as disposições penaes da L. de 1850 com o art. 329 do novo codigo? Eis a questão, que não póde deixar de ser resolvida, como já demonstrámos, no sentido da incompatibilidade.

Pois agora, com os proprios Chauveau e Hélie, demonstraremos que ainda por outro principio da hermeneutica, tão geral quanto aquelle, o art. 2º de L. de 1850 não está em vigor.

Esse principio é o mesmo reproduzido, sob a fôrma negativa no art. 484 do Cod. penal francez, e sobre o qual aquelles escriptores calcam a lição repetida na sentença appellada.

“Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent code, et qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les cours et les tribunaux continueront de les observer.”

E o orador do governo, motivando esta disposição geral, enumerava as leis e regulamentos cujas disposições penaes não tinham sido consideradas noCodigo, e que deviam subsistir sob pena de ficarem taes leis e regulamentos sem execução.

Ora, dizem os afamados autores da *Théorie du Code Pénal*, como todas as nomenclaturas podem ser incompletas, devemo-nos referir a uma regra abstracta, que é — devemos considerar como revogadas todas as leis e regulamentos concernentes a materias que o Codigo regulou — porquanto, si o art. 484 mantém as leis e regulamentos relativos ás materias que não foram reguladas pelo codigo, abroga-os pois nas materias que regulou (§§ 4281 i. f.). — Vide ainda Carnot, ao art. 484 n. 2, e Haus, *Observ. sur le proj. de révision*, III, 156.

“Mais que faut-il entendre, continum Chauveau e Hélie (n. 4282) par *matières réglées* par le code? Il faut entendre les matières sur lesquelles le code referme un système complet de législation.”

Ora, precisamente porque o código penal não regulava os delictos e contravenções em materia florestal (que não tem, note-se, nada de commun com o damno causado em propriedades rusticas privadas, crimes definidos nos arts. 445 e 447 do Código), é que, por applicação do transcripto art. 484, alguns tribunaes francezes julgaram ainda em vigor o chamado código rural de 1721 — Blanche, *E'tud. sur le Cod. Pén.*, VII, 533.

Mas como applicar esta lição ao nosso direito, si o art. 412 do ultimo código declara expressamente revogadas TODAS as disposições em contrario, e o art. 329 não póde coexistir com o art. 2º da L. de 1850?

Já se vê, portanto, que por todos os lados vai a sentença appellada abrindo largas e irremediaveis brechas.

---

Teem os appellantes até aqui se esforçado por demonstrar que o cit. art. 2º ficou tacitamente revogado pelo novo Cod. Penal, e que, portanto, aos factos articulados na queixa cabe indubitavelmente a incriminação que lhes foi dada; pois bem — neste ponto do seu enfadonho arrazoado chega-lhes a noticia de haver o Egregio Tribunal, por accordam de 14 de Maio ultimo, proferido na appellação criminal n. 57, vinda de Botucatú, julgado no sentido que vamos aqui defendendo.

Si antes o soubessemos, ter-lhe-iamos poupado o enfado de tão ligeira e desconchavada dissertação, e trataríamos desde logo de demonstrar a culpabilidade do Réo, tão incontestavel quanto a procedencia juridica da revogação da L. de 1850.

## 2ª Parte

### *Criminalidade do Réo appellado. Prova das forças physica e moral do delicto imputado*

Como já annunciámos, o honrado juiz a quo, quando mesmo o facto imputado fosse criminoso diante do seu espirito, negar-lhe-ia na hypothese os caracteres de delicto, por lhe parecer que não houve destruição ou damnificação nem dolo criminal. Eis porque dissemos, absolutamente sem segunda intenção, que o juiz foi o melhor dos advogados que o Réo pudera ter.

Demonstraremos o contrario daquelles dois falsos conceitos.

### CAPITULO 1º

#### *Da força physica objectiva do delicto ou do damno material causado*

Poucas linhas.

— “Não houve destruição ou damnificação porque a plantação de uma roça, embora com derrubada e queimada de mato, constitue por si uma bemfeitoria.”—

Eis o argumento do juiz appellado.

A gente crê porque está escripto; procura um vestigio siquer de justificação para tão original conceito e não encontra. Nem ha. O Appellado cortou, derrubou e queimou matas e capoeiras; ora, destruir é isto mesmo; mas o Codigo, quando no artigo 329 incrimina a destruição de qualquer coisa alheia immovel, não distingue entre os diversos fins que o criminoso póde visar — si queimou para deixar o solo sob cinzas, si para plantar milho, café ou batatas; onde, pois, teria ido a sentença appellada desencavar aquelle celebre motivo de sua decisão?

Ainda em Chauveau e Hélie; mas, como da primeira vez, com a maior infelicidade. E basta reler os §§ da *Théorie du Code Pénal* citados na sentença.

Nos dois primeiros (3806 e 3818) trata-se não do crime de damno principalmente considerado, sinão de uma figura especial, só agora, no Cod. Criminal de 1890, considerada entre nós como criminosa em si mesma — o incendio proposita. A citação não podia ser mais inadequada. Naquella especie basta o ateamento de fogo para se constituir o delicto, independentemente do resultado material possível ou seguido. *Incendium*, ensina Kock (*Inst. juris crim.*, § 519) *est delictum, quo ignis periculosus excitatur*; e sobre tão correcta noção é que Pessina, Carrara e outros criminalistas modernos assentam a objectividade jurídica característica deste crime. E' um delicto *potencial*, na phrase de Carrara, e no systema de varios codigos, que ora nada adianta indicar.

Dê-se por feliz o Appellado não haverem os Appellantes dado queixa pelo crime do art. 141 Código Penal...

No § 3883, Chauveau e Hélie reproduzem um dos mais rudimentares principios do direito criminal, isto é, que uma das condições do crime de damno é que este tenha sido commettido *voluntariamente*, e que o autor soubesse que a coisa não era sua, mas de outrem. Ora, o que tem isto com aquelle original *considerando*, que vamos refutando? E no mesmo numero 3883 transcrevem aquelles autorizados criminalistas o accordam do tribunal de Cassação, de 23 de Dezembro de 1813:

"tout individu qui a détruit un édifice ou une autre construction, en tout ou en partie, a commis un crime, s'il l'a fait volontairement et s'il savait que l'édifice appartenait à autrui; la loi reconnaît un crime à ces deux caractères, qui sont tels, en effet, qu'il *serait inutile de rechercher encore si le coupable a été poussé par la méchanceté, la haine ou la vengeance.*"

Vide ainda Dalloz, v<sup>o</sup> *Dommage-Destruct.*, ns. 163 e 164.



Finalmente, no n. 3923, ultimo dos invocados pelo juiz *a quo*, e onde os citados autores commentam os arts. 445 a 448 Cod. Pen. fr. — damnificação de arvores, plantas ou grêlos — apenas se estabelece o mesmo principio vulgar rememorado no n. 3883, isto é, que é elemento do delicto saber o agente que as arvores pertencem a terceiro. E mais nada.

Portanto, longe de apoiarem a sentença, Chauveau e Hélie a repudiariam redondamente.

“—E’ certo”, prosegue a sentença, mas desta vez por si só, sem invocações de padrinhos, posto que falsos, “é certo que os peritos do corpo de delicto affirmam a existencia do damno; é porém evidente que não tiveram elles em vista sinão a destruição das capoeiras, em que foi aberta a roça, deixando de apreciar o facto no conjuncto de seus elementos, comprehendido o aproveitamento do terreno, dando-se-lhe o destino proprio.”

Este trecho bem podia ficar sem commentarios. Não ha damno porque os peritos apenas consideraram o damno visivel...! O crime de destruição de arvores não é crime porque o agente no lugar da arvore plantou... milho!...

Não pára, infelizmente, nesta... originalidade, a defesa que do Réo produziu a sentença appellada. Vai muito mais longe: Sem que jamais ao proprio accusado occorresse similhante idéa, ou que de qualquer passagem dos autos constasse tal allegação, accrescenta o juiz *a quo*, “que a roça de milho plantada pelo Réo importaria em verdadeiro estrago (qual será o falso estrago?) de terras, si estas, por sua especial qualidade, se destinassem a um genero superior de cultura, como é a do café”.

Mas, dado que assim fosse, o que teria de vêr o juiz com isso? e onde a prova de que o terreno não era destinado á cultura do café? de que o era à do milho? de que não o era á de nenhum cereal? de que não eram as madeiras, cortadas e queimadas, precisamente aquillo de que os proprietarios mais precisavam? e com que autoridade o juiz da causa altera a constituição juridica dos delictos? como é que se substitue aos

peritos para criar um auto de corpo de delicto que não se parece sequer com o de folhas 45 v., que é o legal e unico?

As respostas a todas estas interrogações deixam-nas os Appellantes á provada sabedoria do Egregio Tribunal.

## *Capitulo II*

### *Da força moral subjectiva do delicto ou do dóló do Appellado*

Provado, pelo auto de corpo de delicto e mais peças dos autos, inclusive a contissão, que se deu o damno material constitutivo da objectividade do crime detinido no art. 329 do Cod. Pen., nada mais facil do que demonstrar o outro elemento, isto é, o dóló criminal do accusado.

Ora, do que dissemos no capitulo anterior, calcado sobre Chauveau e Hélie, os favoritos do juiz *a quo*, já se induz a primeira prova deste dóló: a vontade de damnificar junta à sciencia de pertencer a outrem a coisa damnificada, taes são os elementos deste delicto, considerado pelo seu lado moral subjectivo. Mas taes elementos concorrem patentemente no facto imputado — basta lêr os autos, rememorando o que deixámos escripto quando ao principio fizemos a sua narração, para deixar fóra de contestação séria este ponto.

Entretanto, no systematico proposito de absolver o Réo, achou o juiz ainda neste ponto meio de innocentar-o. Mas que meio! calumniando o grande Ortolan, como antes calumniára Chauveau e Hélie.

Consta a cada passo dos autos que o Réo, suggestionado por alguém que pretendia comprar a “Boa Vista”, praticou os actos que lhe são imputados para assim promover os interesses desse pretendente. Pois bem, para destruir essa circumstancia, bastante para qualificar o dóló criminal, cuja essencia juridica consiste “em fazer deliberadamente aquillo que é contra a lei penal” assim raciocinou o juiz *a quo*: “Si assim fosse, teriamos que o Réo fôra movido por uma segunda intenção, por um fim

mediato censuravel; mas d'ahi não se poderia inferir o elemento moral do delicto de que é accusado; porquanto, como ensina Ortolan (*E'lem. de Dr. Pénal*, § 379), para se determinar a culpabilidade do agente do delicto, não se attende ao seu *objectivo mediato* — que póde ser inspirado por um sentimento nobre ou em um crime nefando — o que se indaga é o *fim immediato*, que no homicidio é matar, é no crime de damno é prejudicar a outrem pela deterioração do que lhe pertence”.

Quanto... equivoco!

Não era preciso que Ortolan nos ensinasse aquillo que o bom senso está ensinando a cada qual, e que a sentença incorrectamente resumiu n'aquelle trecho. O eminente criminalista ali reproduz a lição commum, que não póde levar jamais á absolvição, e que, em beneficio do Appellado, o juiz *a quo* simulou não comprehender.

Eis as palavras de Ortolan:

“Convem não confundir com *a intenção de commetter o delicto o motivo que determina o agente a commettel-o, ou, em outros termos, o fim mais remoto*, o resultado que se propõe attingir commettendo-o”.

As palavras gryphadas na transcrição da sentença e na do trecho de Ortolan estão por si provando que o juiz não foi fiel: *intention de commettre le délit*, não é licito traduzir por *objectivo mediato*, nem *le motif que détermine l'agent, ou, en d'autres termes, le but plus éloigné* por *fim immediato*!

E sem necessidade de accentuar a disparidade que ha entre o original e a traducção, disparidade incommensuravel, basta pedir ao mesmo Ortolan, que na phrase de Carrara, era o francez que mais sabia direito criminal, que venha confundir sem piedade a calumnia que lhe irrogou a sentença appellada:

“Bien que ces considérations, prosegue elle no mesmo n. 379, ne restent pas sans influence sur la mesure de la culpabilité individuelle et puissent en nuancer les degrés, elles ne sauraient faire disparaître la culpabilité absolue. LE CRIME EST TOUJOURS LE CRIME et pas plus en droit pénal qu'en moral; *'la fin justifie le moyen'* n'est une maxime qui soit admissible.”

Ora agora, em que fica a defesa, que, quanto á força moral do delicto imputado ao Réo, em seu favor produziu a sentença?

---

### Conclusão

Urge pôr fim ao enfado que estamos impondo á benevolencia do Tribunal.

Demonstrado:

1º) que o Codigo Penal de 1890, estabelecendo um systema completo de legislação criminal, revogou o art. 2º da L. n. 601 de 18 de Setembro de 1850;

2º) que factos articulados na queixa estão evidentemente capitulados no art. 329 do dito Codigo;

3º) que o Appellado, até por confissão expressa, é o autor delles —

só resta, no irremovível dever de cumprir a lei, condemnar o Appellado no gráo que mais justo parecer á indefectivel justiça do Egregio Tribunal.

E. C.

*S. Paulo 7 de junho de 1893.*

## QUARTA PARTE

---

### DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO

---

#### LXXVI

- Inconstitucionalidade de leis estaduais.
- Direito substantivo e direito adjetivo.
- Inteligência dos arts. 34 n. 23 e 65 da Const.
- Inconstitucionalidade da Lei paulista n. 117 do 1º de Outubro de 1892 sobre *Caixas Economicas*.

#### Consulta

Barra, Rosa & C., estribados na Lei estadual n. 117 do 1º de Outubro de 1892, fizeram, no seu estabelecimento commercial, por mais de dous annos, operações de caixa economica.

Intimados pelo ministro da Fazenda Federal a fechar-a, e a pagar a multa de 5:000\$000 uma vez que não exhibiam autorização do Governo Federal para a respectiva instituição e funcionamento, que se dizia necessaria *ex-vi* do art. 2º §§ 15 e 16 da L. n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, tiveram effectivamente de a fechar.

Ajuizado o executivo fiscal para o pagamento da referida multa, elles se defenderam com a invocação da dita Lei n. 117, a qual os autorizava a fazer aquellas operações independentemente de autorização governamental.

Desprezados os embargos sobre o fundamento de ser a defesa, no executivo fiscal, limitada ao pagamento ou prescrição,

moveram elles, no Juizo Federal, acção para annular o acto do Ministro da Fazenda, reiterando a defesa produzida nos embargos. Mas esta acção foi julgada improcedente pelo motivo de "ser inconstitucional aquella Lei n. 117, visto ser a materia de caixas economicas de direito substantivo, e, portanto, pertencer privativamente ao Congresso Federal legislar a respeito, *ex-vi* do art. 34 n. 23 da Const. da Republica."

Assim vencidos, moveram contra a Fazenda Estadual acção para haver indemnização dos prejuizos que tiveram com o fechamento da sua Caixa Economica e pagamento da multa, sustentando então a inconstitucionalidade da referida Lei.

Afinal o Juiz dos Feitos da Fazenda julgou improcedente a acção, dando como constitucional aquella Lei, *porque é facultado aos Estados todo e qualquer poder ou direito que lhes não fôr negado por clausula expressa ou implicita contida nas clausulas expressas da Constituição — art. 65 § 2º da Const. Fed., os Estados só não pódem o que fôr contra a Const. — Barbalho, Com. á Const. Fed. Bras., pag. 274; e porque só é da competencia privativa da União legislar sobre bancos de emissão, ex-vi do art. 34 n. 8 da Cont. Fed. — Milton, A Const. do Brasil, pag. 339.*

Os Autores appellaram para o Tribunal de Justiça.

*Isto posto, pergunta-se:*

1º) E' ou não inconstitucional a Lei estadual n. 117 do 1º de Outubro da 1892?

2º) Em face do art. 62 da Const. Federal, podia o Juiz estadual declarar constitucional aquella lei, em opposição á sentença anterior do Juiz Federal, embora desta sentença não tivesse havido appellação para o Supremo Tribunal Federal?

## Resposta

A presente consulta é mais uma prova da desoladora balburdia que ora vai desapiedadamente talando o Direito nacional. E desta feita vem o caso curiosamente agravado: já não são legisladores que se antipodizam na apreciação conceitual das prenoções constitucionaes, nem advogados que reciprocamente se esbofam no esforço de sustentar idéas antagonicas. São aquelles para cujo entendimento a lei não pode ter, tal qual fôsse Janus largamente consutil, mais de uma figura e conceito — são juizes que hoje rinham na determinação dos dogmas federativos, disputando a chave do systema constitucional.

E' curioso, e é triste. A Justiça brasileira, desarticulada em federal e estadual, é successivamente invocada para reparar patente lesão de interesses legitimamente garantidos, e afinal o lesado se retira do pretorio sem direito e sem justiça, porque cada qual dos representantes de cada uma daquellas desarticulações tem opinião differente acerca do que devera ser claro como o sol, averiguado como um axioma experimental: essa lei é constitucional ou não? esta materia é federal ou estadual?

Si tão sombrio caso dá em se reproduzir, sou que em breve mais valerá não ter direitos do que os ter assim estropeados.

E quando a balborda judiciaria toma assim posse do pretorio, como estabelitar juizos?

Que valerá esta ou aquella opinião antes por este do que por aquelle lado? Vá, porém, como fôr. Si a juizes é dado assim rinharem sobre os dogmas do nosso direito constitucional, certamente perdoarão a velho advogado a liberdade de mais um parecer. Commigo me fico em paz, pois que opino fóra de qualquer suggestão, a não ser aquella que me leva sempre a defender o Direito, qual se me afigura puro e certo.

*Ao 1º*

Para decidir entre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei em questão não ha mais do que liquidar este ponto: as regras que ella firmou são de direito material ou de direito judiciario? Si são da primeira especie, não haverá como a salvar da tara de inconstitucionalidade.

Que é direito material? Que é direito judiciario?

Aqui e ali, principalmente no *Parecer sobre o Projecto de Codigo Penal* de João Vieira e na *Unidade do Direito*, deixámos nitidamente assentada a noção discriminativa daquellas duas feições do direito geral.<sup>1</sup>

Tudo se reduz a estas syntheses brevissimas:

— O direito material dá a definição abstracta das regras de direito; consiste no que Bentham chamou *Substantive laws*, e estas são as que definem a essencia ou materia do direito objectivo ou as regras abstractas de direito creadoras das relações concretas de direito.

— O direito judiciario, ou complexo das *adjective laws*, traça o systema legal da protecção e segurança das relações de direito contra as possiveis violações das mesmas relações de direito.

— O primeiro, como o substantivo grammatical, existe por si mesmo ou póde ser concebido independentemente de outra idéa. Exemplos: As caixas economicas são pessoas juridicas de direito privado. As caixas economicas são obrigadas a restituir os depositos que se lhes confiam.

— O segundo, como na grammatica o adjectivo, não é independente, antes presuppõe outro conceito, e só entra em actividade quando as relações de direito, que o primeiro creou em suas linhas abstractas, se modificaram por acto lesivo de terceiro e o lesado provoca

---

<sup>1</sup> *Vid. a Cons. LXII, pag. 241.*



a respectiva acção. Exemplo: As Caixas Economicas recusam fazer pagamento de juros ou restituição dos depósitos — o processo judicial em vigor as compellirá a isso.

Mais compressivamente:

— O direito material ou substantivo define direitos; o direito judiciário ou adjectivo reconstitue as relações de direito quando lesadas ou ameaçadas.

*Ora,*

qual é o conteúdo da Lei de S. Paulo, ora em questão? Que coisas dispôs? Não fez mais do que autorizar o Governo a fundar e administrar caixas economicas do Estado e permittir a fundação e administração de caixas economicas por associações particulares, *independentemente de licença dos poderes do Estado* (art. 30). E traçando as linhas geraes dessas instituições, dispôs sobre o modo de se operarem os depósitos de dinheiro, definiu incapacidades respectivamente a depositantes e o meio de as supprir, regulou a maneira de proceder das mulheres casadas e dos menores de dezeseis annos nos casos em que maridos e paes não se opponham a que ellas e elles façam depósitos, etc., etc. ; e quanto ás caixas economicas particulares, organizadas da mesma fórma que as do Estado ou as municipaes, determinou que se rejam por seus estatutos, *que independem de approvação do Congresso Legislativo* (art. 31).

Como se vê, todo o conteúdo nestas disposições é de puro direito substantivo. Pura criação de instituições economicas, pura formação de pessoas juridicas, enquadraveis na vasta classe das sociedades ou companhias anonymas, tomada esta idéa na sua significação mais dilatada. Nada mais. Nem siquer se vislumbra coisa que se pareça com direito judiciário.

Particularizando, que são as caixas economicas de fundação particular?

Nos limites de breve resposta a uma consulta, não cabe fazer a historia dessas instituições economicas; nem, para dizer com Giorgio Giorgi, *Person. giur.*, V, 259, *farò sfoggio di erudizione facile, perchè tutti conoscono l'origine e i progressi delle Casse di risparmio.*

Para o nosso fim basta asseverar que, em toda a parte e sempre — sejam, desde 1787, as *Caisses d'épargne*, da Suissa, ou, desde 1810, os *Savings banks* da Inglaterra, ou desde 1818, as *Caisses d'épargne* da França, annexas aos *Monts-de-piété*, ou, desde 1825, as *Casse di risparmio* da Italia, na Allemanha, na Hollanda, na Hespanha ou em Portugal — foram ellas uniformemente havidas como pessoas juridicas de utilidade publica — fonte e occasião de direitos e obrigações de natureza geral.

De utilidade publica porque, *receiving the smallest savings of the poor, it preserves and guarantees them, it shelters them from the temptations of the hour and from disastrous risks* — Lalor, *Cyclopoedia of Polit. Science, vb, Banks, Advantages of Savings*). Representam, portanto, poderoso factor, que pela multiplicação quotidianamente apurada das economias dos sem-capital, concorre á formação do producto derradeiro: o bem estar de todos. Nesta drenagem, como diz Paulo Cauwès, das economias pequenas, não se tem tanto em vista o evitar que os haveres das classes laboriosas sejam esbanjados, como lhes cultivar o caracter nos sentimentos bons do trabalho e da temperança — o que é o mesmo que sanear a communhão. Quanto menos impuramente não teria vivido a côrte de Luiz XIV, si a muito conhecida celebre carta de madame de Maintenon á sua cunhada madame d'Aubigné, sobre economia domestica, tivesse sido o programma economico da epoca! Na instituição e regimen das caixas economicas está presa uma das condições da evolução da economia nacional. *La caisse d'épargne répond à des conditions générales*, diz aquelle eminente economista — II, 1064.

Fonte e ocasião de direitos e obrigações de natureza geral, porque, tendo sua razão de ser o seu motivo de funcionamento no contracto de deposito, este é origem completa de relações de direito de character obrigacional nitido e rigoroso. Si a respectiva personalidade juridica é o direito substantivo, quer dizer, a lei nacional que lhes dá; si as relações juridicas de que são origem ficam dominadas por completo pelas regras do direito nacional, só o que admira é que assim se esteja dando oportunidade de discutir coisa tão patente — que as caixas economicas são pessoas juridicas, instituições de puro direito substantivo.

Provindas das primitivas *caixas de empréstimos* — vide a *Encyclopédie* de Diderot et D'Alembert, Genève, 1777, v<sup>o</sup> *Caisse des emprunts* — ou das *caixas de deposito* — G. Giorgi, obr. cit., V., 259 — estiveram sempre sob a acção dos governos, reguladas sempre por decretos e leis imperiaes ou reaes. As regras de sua instituição, a maneira da ingerencia governamental, o modo de sua administração, o systema de seu funcionamento, a natureza juridica dos titulos de deposito, como recibos, cadernetas, si passadas nominativamente ou ao portador, a taxa dos juros, a maxima das entradas, a maior ou menor facilidade das retiradas, o emprego dos depositos, tudo isto, interessando substancial e immediatamente á propria essencia da instituição, e portanto, á collectividade nacional, foi sempre objecto da legislação commun. O citado Paulo Cauwès, entre outros, expõe fartamente a historia legislativa de taes instituições.

Pois dentre as muitas regras semelhantes, uma se destaca por sua quasi universalidade; e é a que faz depender, de previa autorização do governo, a instituição das Caixas economicas.

Ainda compressivamente algo digamos deste ponto.

Principio commun é o da necessidade de autorização governamental ás sociedades anonyms. O seculo XVIII deu azo aos

grandes abusos que celebrizaram o Banco de Law. O famoso edimburguense, corrido da Escossia, afinal, através da Allemanha e Italia, que tambem o não attenderam, chegou á França, onde, depois da morte de Luiz XIV, obteve do regente Felipe II, em 1716, a fundação do seu Banco, de cujas arcas tirou a sociedade em commadita por acções denominada *Companhia d'Occidente*, á qual vieram se reunir, em 1719, as Companhias do Senegal, da China e das Indias Orientaes, as quaes todas, sob a denominação unica de *Companhia das Indias*, abriram a mais famosa epoca da fraude mercantil. Suas acções, de 500 francos cada uma, chegaram, logo em Dezembro daquelle mesmo anno, a ser pagas por 20 mil francos! Menos de um anno depois já se não fallava de taes acções sinão para lamentar, no dizer de Biundi (*La economia esposta nei suoi principii*, pag. 504), a ruina de milhares de familias.

O governo tocou então a rebate. O conselheiro d'estado Regnault-de Saint-Jean-d'Angely levantou a idéa, como unica sufficiente contra a propagação do mal, da intervenção governamental na formação das sociedades anonymas — *nécessaire*, dizia elle, *pour vérifier a'avance sur quelle base on voulait faire reposer les opératiours de la société et qu'elles pouvaient en être les conséquences*. Daqui o art. 37 do Cod. de commercio francez, segundo o qual nenhuma sociedade poderia ter existencia legal sinão depois de obter autorização do governo. E logo se lhe seguiram outros Codigos, como o hollandez, o belga, o sardo, etc. — Masi, *Sulle soc. anon.*, pag. 76.

Entretanto a evolução do direito para a liberdade começou a reclamar neste ponto os seus ideaes, e logo em 1830 deu a Belgica o exemplo de acabar com a necessidade de tal autorização; e depois que em outros paizes se voltou ao regimen da primitiva emancipação, em França veiu a lei de 24 de Julho de 1867 supprimir, salvas excepções expressas, o direito que até então tinha o governo de autorizar taes sociedades — Thaller, *Dr. com.*, n. 271.

Que se passou no Brazil?

Promulgado em 1850, o Codigo do Commercio dispôz, no art. 295, que as companhias ou sociedades anonymas só se pudessem estabelecer com autorização do governo, dependente de aprovação do Corpo Legislativo quando houvessem de gozar de algum privilegio. Veiu depois a L. n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, e esta, no art. 2º, dispôz que taes companhias ou sociedades, *assim civis como mercantis*, se organisassem e regessem segundo as prescripções nella contidas, e logo no § 1º estabeleceu a multa maxima de 5:000\$000 contra as que se organisassem sem aquella autorização. E no alinea a este § accrescentou que esta disposição era applicavel *às caixas economicas*.

Seguiu-se o Dec. n. 2711 de 19 de Dezembro do mesmo anno, cujo art. 1º exige decreto do poder executivo para criação e organização de bancos, e cujo art. 24 estende esta exigencia *às caixas economicas*, dizendo explicitamente o art. 27 que o mesmo se observasse com as companhias anonymas de toda e qualquer qualidade.

Pela L. n. 3150 de 4 de Novembro de 1882 e Dec. n. 8821 de 30 de Dezembro do mesmo anno, inaugurou-se o regimen da liberdade associativa. *As companhias ou sociedades anonymas, quer o seu objecto seja commercial, quer civil, se podem estabelecer sem autorização do governo*. Mas o principio da liberdade não ficou vencedor em absoluto: além de outras excepções, lá estão, no § 2º n. 2 do art. 1º da Lei, as *caixas economicas*.

Finalmente, na epoca republicana, veiu o Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, *que consolidou todas as disposições legislativas e regulamentares sobre as sociedades anonymas*, prescrever categoricamente, no art. 46 n. 3º, a necessidade de autorização governamental para a criação das *caixas economicas*.

*Eis ahi,*

e consoantemente com a legislação dos povos modernos, qual é o direito substantivo nacional. Como, pois, haverão os Estados de crear direito differente? Pois haverá por ventura entre nós, sobre sociedades anonymas, um direito paulista, um direito maranhense, um direito goyano? Não; a lei paulista, que assim abertamente, *revoga* disposição expressa de leis federaes sobre o direito civil e commercial brasileiro, é patentemente inconstitucional.

---

Os fundamentos da sentença do Juiz dos Feitos da Fazenda são de todo inconsistentes. O art. 65 § 2º da Const., por elle invocado, é precisamente o que lhe fere de morte o argumento. Sim; aos Estados é facultado tudo quanto a Constituição, explicita ou implicitamente, não lhes prohiu. Mas, o art. 34 n. 23 não tolera que elles legislem sobre instituições ou regras de direito substantivo civil, commercial ou criminal. Ora, as *Caixas Economicas* são instituições de direito substantivo, civil para alguns, como Giorgio Giorgi, loc. cit., commercial para outros, como Marghierì, *Dir. Com.*, n. 2021, ao considerar as cadernetas das caixas economicas quaes outros titulos de deposito irregular mercantil. Logo, aquella lei é inconstitucional.

Este é que devera ser o raciocinio do illustre Juiz.

Quanto á phrase de João Barbalho — os Estados só não podem o que fôr contra a Constituição (*Comm.*, pg. 274, 1ª col.) — nada adianta, já que é vulgar quanto ser possa. Pois de outro modo poderia ser? Mas legislarem os Estados sobre caixas economicas é ou não contra a Constituição? Esta é que é a these.

Finalmente, a passagem de A. Milton (*A Const. do Brazil*, pag. 339), em que este publicista avança que *só é da competencia privativa da*

*União legislar sobre bancos de emissão, ex vi do art. 34 n. 8 da Const. Fed., nada seria menos correcto si effectivamente o autor quizesse ali dizer que aquella é a unica materia sobre que a União tem competencia exclusiva.*

Não; aquelle texto era até escusado em vista do art. 7 § 1º, n. 1, que está no Titulo I, *Da Organização Federal*. Segundo os principios do regimen federativo, só á União compete o poder de cunhar moeda, e por isto o citado art. 7 dispõe que compete privativamente á União a instituição de bancos emissores. Quer isto dizer que os Estados, nem mesmo observando literalmente as regras do direito substantivo relativas a taes bancos, têm o poder de os instituir. No Brazil não poderá haver moeda mineira, moeda cearense, moeda bahiana — só ha moeda federal brasileira. Mas si aquelle n. 8 do art. 34 significasse o que ora se lhe attribue, então que seria do n. 23? O nosso direito constitucional é este:

— Os Estados não podem ter bancos emissores, mas podem ter caixas economicas uma vez que á respectiva criação precedam as regras do direito commum.

E esta é a nossa ultima these.

### **Portanto,**

desde que a Lei paulista n. 117 de 1892 é materialmente opposta á lei federal, é nenhuma pelo vicio insanavel de inconstitucionalidade.

*Ao 2º*

A negativa é de evidencia palpavel.

No § 235 da *Theoria do Processo* mostrámos que *coisa julgada* se diz da decisão contra a qual a parte vencida ou não usou dos recursos legaes ou por completo os exgottou. E' o seu sentido vulgar: *Res judicata dicitur que finem controversiarum pronuntiatione judieis accipit* — fr. 1 de *re jud.* (XLII, I).

Quer isto dizer, que a sentença do juízo federal, a que se allude na consulta, fez *coisa julgada* posto que della não tivesse havido appellação — Pimenta Bueno, *Formal. do Proc. Civ.*, ns. 185 e 186; *Dir. Publ.*, n. 503, 12º. Por ventura as sentenças dos Juizes de Paz, porque a parte vencida não appellou, valem menos do que as proferidas pelo Tribunal de Justiça depois de todos os recursos da lei?

### **Isto posto,**

prohibindo o art. 62 da Const. Fed. que as justiças dos Estados annullem sentenças das justiças federaes (e este vocabulo *justiças* vale tanto aqui quanto o *tribunaes* daquelle artigo), decididamente já o Juiz estadual não tinha a faculdade de annullar a decisão que declarou inconstitucional a Lei n. 117 em questão.

E mesmo, no quadro da jurisprudencia commum, esta ultima decisão não teria entrada em vista da Ord. Liv. 3º tit. 75 pr., que declara nenhuma a sentença proferida contrai outra sentença já dada.

Este é o meu parecer, que fica sujeito á emenda dos doutos.

*Janeiro 1904.*

### **LXXVII**

— Competencia do poder legislativo estadual ordinario para fazer mudar, de um para outro logar, a capital do Estado.

### **Consulta**

O art. 18 das Disposições Transitorias da Constituição do Estado do Rio de Janeiro de 9 de Abril de 1892 dispõe:

“A Capital do Estado será transferida para local conveniente, a juizo da assembléa ordinaria logo que o permittam as suas condições financeiras, salvo o caso de surgirem graves acontecimentos, em que o Presidente poderá fazer mudança provisoria.”



Fundada no cit. art. 18, a Assembléa Legislativa Estadual transferiu a capital de Nitheroy para a séde do municipio de Therezopolis; mais tarde, provisoriamente, a mudou para Petropolis e ainda depois a installou definitivamente em Petropolis (Leis ns. 43 de 31 de Janeiro de 1893, 50 de 30 de Janeiro e 89 de 1 de Outubro de 1894).

Diz o art. 134 da cit. Constituição:

“Esta Constituição poderá ser reformada no todo ou em parte, mediante representação de dois terços das Camaras Municipaes, ou deliberação da Assembléa Legislativa, tomada por dois terços dos deputados presentes.

§ 1º Sempre que fôr proposta a reforma pelas Camaras Municipaes, será votada pela Assembléa Legislativa ordinaria por dois terços de votos.

§ 2º No caso de ser a necessidade da reforma reconhecida pela Assembléa Legislativa, a legislatura immediata trará poderes constituintes.”

Diz o art. 135 da cit. Constituição:

“Só é constitucional, para o effeito das disposições anteriores, o que diz respeito aos limites e attribuições respectivas dos poderes politicos e aos direitos políticos e individuaes dos cidadãos. Tudo o que não é constitucional póde ser alterado pelas legislaturas ordinarias.”

### **Pergunta-se:**

A’ vista deste art. 135, é competente o Poder Legislativo ordinario para decretar agora a mudança da Capital de Petropolis para qualquer outro ponto do Estado, ou para tanto será precisa uma Constituinte?

### **Parecer**

Como, em *The Federalist*, disse Hamilton, já por nós reproduzido no n. 18 da *Unidade do Direito*, em qualquer discussão ha sempre certas verdades primarias de que dependem todos os respectivos

argumentos, e cuja evidencia, anterior a qualquer raciocinio, exige irremovivelmente o assenso da razão.

Em politica, ali dissemos, ha effectivamente verdades assim incontrastaveis: aliás, não seria ella uma sciencia.

Ora, verdade é corrente na sciencia do Direito Constitucional, ensinada por todos os publicistas, implantada em varias Constituições e claramente inscripta no art. 135 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, literal reproducção do art. 178 da Carta Constitucional de 1824, que só é constitucional, para o effeito de ficar fóra da acção do Poder Legislativo ordinario, o que diz respeito aos limites e ás attribuições dos poderes politicos e aos direitos politicos e individuaes dos cidadãos.

Essa é a que se diz *materia constitucional*, em cujo ambito se enquadram as linhas constructoras das instituições politicas do Estado e declaratorias dos direitos individuaes. E' o compendio dos *principios supremos* a que allude Marshall (*The Writings on the Federal Constitution*, ed. de 1890, pag. 24), os quaes porque são supremos, *are designed to be permanent Chief Justice*.

E' igualmente dogma politico, tambem explicitamente consagrado naquelles já citados arts. 135 e 178, que tudo que não é constitucional póde ser alterado pelas legislaturas ordinarias; quer dizer: estas só não podem decretar leis que cerceiem instituições e direitos consagrados na Constituição.

Mas ninguem desprevenidamente pretenderá que a mudança da capital do Estado de uma para outra cidade seja acto relativo a qualquer daquelles dous assumptos da ordem constitucional. Não toca absolutamente no quadro da organização dos poderes politicos, nem na respectiva competencia, pois que deixa inabalaveis os limites de cada qual delles; tão pouco concerne aos direitos individuaes de qualquer especie: não tem uma linha sequer do que se diz *materia constitucional*, assim

definida e delimitada. Assumpto de natureza meramente transitoria, prende-se a interesses variaveis indefinidamente, pois que a respectiva solução andar  sempre subordinada   mobil complexidade de multiplas e variadas circumstancias, quaes sejam de tempo, espaço, população, cultura intellectual, moral, artistica, industrial, agricola e mil outras.

Nem havia mister de outro argumento  l m do que logicamente decorre da propria Constituição do Estado do Rio no art. 18 das *Disposi  es Transitorias*. Pois si ali, até *ex abundantia*, se commette ao juizo da Assembléa ordinaria a mudança da capital do Estado, de Nitheroy para *local conveniente*, como lhe denegar competencia para agora mudar a capital de Petropolis para a mesma cidade de Nitheroy, uma vez que seja conveniente? Pois a mesma Assembléa ordinaria, tendo feito a mudança da capital de Nitheroy para Therezopolis, não a mudou de novo de Therezopolis para Petropolis?

Sou tão intransigente em materia de principios, que mesmo na hypothese em que as *Disposições Transitorias* houvessem dado por exgottada aquella attribuição eis que fosse uma vez usada, eu consideraria nulla similhante disposição por evidentemente incompativel com o citado art. 135 da Constituição, e, portanto, inconstitucional:

*"A statute or ordinance wich is inconsistent with the Constitution, or in conflict with any of its provisions, is said to be 'unconstitutional'"*  
— Black, *Handbook of American Constitutional Law*, 1897, pag. 4, n. 4.

Dir-se-  que ao Congresso ordinario não pôde ser licito regular assumptos que a Constituinte regulou?

Mas, si assim fosse, que materias caberiam na competencia das Assembléas ordinarias, si todas as normas da actividade politica e juridica do Estado estão reguladas na Constituição? Até incomprehensivel seria o art. 135.

Em conclusão: sou de parecer que competente é o Poder Legislativo ordinario para decretar agora a mudança da Capital de Petropolis para qualquer outro ponto do Estado, sem dependencia de poderes constituintes.

Salvo melhor juizo.

*S. Paulo, 29 de Outubro de 1901.*

### **LXXVIII**

— Contratos com o Poder Legislativo se cumprem consoante os principios do Direito puro.

A substituição de pessoas no governo dos Estados não influe na existencia dos contratos celebrados com a situação substituida.

### **Parecer**

Lidos attentamente os papeis juntos, e considerando:

a) que, de accôrdo com a autorização dada á mesa do Congresso Constituinte do Rio de Janeiro, de 1891, a secretaria do mesmo Congresso publicou editaes chamando concurrentes para a estenographia dos debates das duas camaras do Congresso do referido Estado;

b) que no concurso se guardaram as formalidades geraes de direito; e, que, exgottado o prazo, e abertas publicamente as propostas, foi julgada mais vantajosa a do major Ricardo Leão Sabino;

c) que com este foi celebrado contrato, pagos os emolumentos da lei, proporcionaes ao tempo e ao valor;

d) que, dependendo o mesmo contrato de ratificação das duas camaras, foi na parte que diz respeito ao senado discutido e aprovado em sessão publica, e na parte relativa á Camara dos deputados foi tambem, na sessão de 13 de Agosto, ratificado pela approvação do parecer de sua commissão de policia;

e) que posteriormente a Camara dos deputados innovou o contrato, estendendo as obrigações do dito major Sabino, e elevando o preço do trabalho a mais 50%;

f) que os referidos contratos foram fielmente executados durante o primeiro anno do prazo estipulado, sem reclamação alguma de qualquer das partes; e

tendo em vista a exposição tambem junta, da qual se conclue que, dissolvido aquelle Congresso pela revolução de 1891, o Presidente da nova Constituinte sujeitou á Mesa do novo Congresso o alludido contrato, resolvendo esta abrir nova concorrência, com a unica allegação “que considerava sem effeito juridico os contratos celebrados com a situação passada, por ter desaparecido uma das partes contratantes”, á pergunta que me é feita — si é juridica esta decisão?

### **Respondo**

Que, ao contrario, não póde haver decisão mais injuridica, mais grosseiramente attentatoria dos mais rudimentares preceitos do direito.

Dizer que a substituição no governo dos Estados de um por outro chefe, de um por outro partido, equivale ao desaparecimento, posto que momentaneo, do mesmo Estado, é nada menos do que forjar, com flagrante sacrificio dos rudimentos do direito publico, em suas linhas de parentesco com o direito privado, um meio facil de solver obrigações juridicas pela moeda dos que não querem pagar, isto é, o calote.

Quando, no dia 15 de Novembro de 1889, o Governo Provisorio da Republica proclamou officialmente que a revolução, decretando a extincção do systema monarchico representativo, implantava a fórma republicana federativa, teve logo o cuidado de fechar a sua proclamação ao povo com estas palavras: “O Governo Provisorio reconhece e acata todos

os compromissos nacionaes contrahidos durante o regimen anterior, os contratos vigentes e mais obrigações legalmente estatuidas.”

Ora, si esta solemne declaração era mesmo desnecessaria, porquanto sómente quando pela revolução o triumphador decreta o confisco, que é a maxima expressão do direito da força, é que as relações de direito já adquiridas se dissolvem — o que dizer quando a mudança politica se reduz á deposição de um partido para que outro galgue o poder?

O Estado do Rio de Janeiro, que, por seus legitimos representantes, celebrou o contrato de que se trata, permaneceu o mesmo com a revolução ou sedição de 1891, e depois della; não foram os senadores e deputados depostos que constituíram uma das partes contratantes, mas o Congresso do Estado, que não póde jamais desaparecer.

Si os Estados não são immortaes, este conceito só se entende a respeito dos factos que podem dissolver ou arruinar a aggreiação politica de certo numero de individuos, que, sob um governo qualquer, constituem um Estado. Mas para tal ruina, é preciso, como diz Bluntschli (*Théorie générale de l'État*, pag. 243) que “haja uma causa fundamental commun de mortalidade”, a qual só póde ser uma das seguintes:

a) sua desorganização, dissolução e especialmente a anarchia, que, na phrase daquelle eminente publicista, constitue a negação do Estado; a Nação não é mais do que uma massa informe, um chaos;

b) a emigração do povo inteiro, como no tempo de Cesar se deu com os helvetas, ou sua expulsão, como nas épocas das invasões barbaras;

c) a conquista, como nos tempos guerreiros de Roma, ou como a Russia fez com a Polonia;

d) a confusão de dous ou mais Estados em um só, ou a divisão de um em dous ou mais;

e) a suzerania.

Mas nada disto felizmente se deu no Estado do Rio de Janeiro, que apenas apeou o Governador Portella para guindar o Governador Porciuncula; e si, com esta gangorrada, tambem mudou o pessoal do Congresso do Estado, nem o poder legislativo desapareceu, como não havia desaparecido o executivo.

E' preciso realmente ter em nenhuma consideração tão triviaes principios para allegar aquella pretensa razão como explicativa do rompimento de um contrato solemnemente valido.

E porque o Estado, quando contrata por qualquer dos seus órgãos ou poderes com um particular, fica a este equiparado no que respeita aos direitos e obrigações *ex-contractu*, não póde restar a menor duvida de que, já que o novo Congresso do Estado do Rio de Janeiro não quer cumprir o contrato de que se trata, fica obrigado a indemnizar o contratante, não só do que este poderia ter ganho durante o prazo estipulado, como dos prejuizos e damnos que soffreu com a inexecução do contrato — Frag. 1º pr., *De act. empt. et vend.* (D. XIX, 1). E' o *in quod interest ou quanti mea interest*, dos romanos (WAN WETTER, *Obligations*, I, 69 e 71). O "damno emergente" e o "lucro cessante" são as prestações devidas pela parte que não cumpre a obrigação. — Frag. 2º § 8º, *De eo quod certo loco* (D. XIII, 4).

Taes são as regras positivas do direito escripto, a cuja acção o Estado do Rio de Janeiro está sujeito, e cuja applicação deve ser pedida ao poder judiciario.

Assim penso, s. m. j.

*S. Paulo, 2 de Setembro de 1894.*

## LXXIX

— Os decretos do Poder Executivo se fazem obrigatorios desde a sua publicação no *Diario Official*.

— Os Juizes criminaes não podem funcionar em districto que não seja o seu.

— Intelligencia do art. 1º do Dec. estadual n. 135 de 17 de Dezembro de 1892.

### Pergunta-se:

1) Desde quando se tornou obrigatorio o decreto n. 153 de 17 de Dezembro de 1892, que alterou a divisão dos districtos criminaes da comarca da capital, publicado no *Diario Official do Estado de S. Paulo* n. 465 de 18 do mesmo mez?

2) Por força desse decreto podem os juizes criminaes de um districto funcionar em districto diverso, recebendo denuncias e formando culpa em crimes praticados fóra dos seus districtos?

3) *Quid* em relação aos processos pendentes?

4) Em que dia começou a obrigatoriedade do decreto n. 123 de 10 de Novembro de 1892, publicado no dia 19 de Novembro?

---

Sendo o Dec. n. 135 de 17 de Dezembro corrente apenas derogatorio do art. 7º do Dec. n. 123 de 10 de Novembro anterior, não pode deixar de ser considerado parte integrante deste. Isto posto, para methodizar a nossa resposta, inverteremos a ordem dos quesitos, fazendo do ultimo o primeiro. E assim, respondemos:

1º

Esta pergunta varias vezes me tem sido feita: — Desde que dia começou a obrigatoriedade do Dec. n. 123 de 10 de Novembro?



Sempre foi meu parecer, que os decretos expedidos pelo poder executivo para a boa execução das leis se fazem obrigatórios da data de sua publicação no *Diario Official*, si a lei, que elles vêem regulamentar, já é obrigatória. Do contrario, seguir-se-ia o absurdo de estar em execução uma lei cujo regulamento, já publicado, não o esteja ainda. Esses decretos são regulamentos de execução, como dizia Cormenin; não são mais do que o desenvolvimento natural e necessario da lei; não podem, portanto, ter a obrigatoriedade suspensa enquanto a lei, que elles veem executar, está em pleno vigor. — (*Tr. delle leggi*, n. 266).

E pois, quaesquer que em contrario pareçam ser as palavras da lei de 16 de Agosto de 1892, outra não deverá ser a solução sinão esta: o decreto n. 123 tornou-se obrigatório desde a sua publicação em diante, isto é, do dia 10 de Novembro. Aquella lei de 16 de Agosto, interpretada scientificamente, não contraria esta solução.

## 2º

Portanto, o Dec. n. 135 de 17 do corrente tornou-se obrigatório no dia 18, data de sua publicação no *Diario Official*.

## 3º

Pelo art. 7º do Dec. n. 123 de 10 de Novembro, a distribuição dos serviços criminaes pelos juizes de direito da capital dava a estes tão sómente a *preferencia* (como ali estava expresso) no respectivo districto; de sorte que a circumstancia de formar culpa em um districto, juiz de outro, não trazia nullidade. Modernamente, a unica incompetencia absoluta ou insupprivel é a incompetencia *ratione materiae*; e a esta doutrina allude o art. 135 § 4º do cit. Dec.

Entretanto, o Dec. n. 135 de 17 de Dezembro parece ter seguido doutrina diversa, como se vê, já do 2º considerando, *ibi* — *que ainda se deve completar pela indicação de Pontos determinados para o*

*exercício etc.* — já do art. 1º, onde não se repetiu o *de preferencia*, do art. 7º do Dec. n. 123, mas onde se diz positiva e unicamente *funcção*.

Portanto, parece fóra de duvida que os juizes criminaes não podem funcionar em districto que não seja o seu.

4º

Como corollario, dada a incompetencia *ratione loci*, devem os autos pendentes ser remetidos ao juiz do districto da culpa. Do contrario, haverá nullidade.<sup>1</sup>

S. M. J.

*S. Paulo, 22 de Dezembro de 1892.*

**LXXX**

— O governo não está obrigado a nomear professor o candidato classificado em concurso.

— A falta de nomeação não dá ao prejudicado acção contra o governo.

**Resposta**

A solução da consulta natural e exclusivamente se prende ao systema do Direito, visto atravez de seus principios geraes e organicos.

Perguntar si o candidato ao magisterio, que foi aprovado e classificado em concurso, tem acção contra o governo porque este, sem dar solução ao concurso, dividindo em duas a cadeira que fez objecto delle, pôz estas duas de novo em concurso, e ao mesmo tempo dispensou aquelle mesmo concorrente da regencia interina de taes cadeiras, para a qual antes elle havia sido nomeado, o mesmo é perguntar si um

---

<sup>1</sup> Penso hoje que o Dec n. 135 apenas consultou á conveniencia de se attender á melhor e mais justa distribuição do serviço criminal pelos juizes; o que não importa competencia privativa, sob pena de nullidade, de cada juiz no respectivo districto. — Vid. a *Consulta* LXIX, 6º, pag. 274.

candidato, pelo facto de ter sido habilitado e proposto, *adquire o direito de exigir a sua nomeação*.

A negativa parece de inteireza inabalável.

A idéa de acção é inconcebível sem a preexistência de um direito exigível e sua violação — consummada ou imminente. O fundamento jurídico da acção, dissemos no § 13 da *Theoria do Processo*, é o proprio direito violado; e assim é por ser a acção *o direito de pedir aquillo que é nosso e está fóra ou ameaçado de estar fóra de nosso patrimonio* — é o *jus persecuendi in judicio quod sibi debetur*, na definição da Instituta.

Mas que é um direito capaz de se converter em acção judicial?

Já acima fizemos uso de um adjectivo que só por si constitue plena resposta: é o direito *exigível; scilicet*, uma faculdade jurídica a que corresponde, em outrem, que é sujeito passivo da relação de direito em litigio, a obrigação perfeita de dar ou prestar algum objecto ou facto em favor do respectivo sujeito activo.

Daqui vem, que o direito accional deve: *a) pertencer* ao autor, isto é, fazer parte de seu patrimonio, entrar na constituição de sua personalidade jurídica, *b) ser disponível*, como diz Mancini (*Com. del Cod. Proc. civ. ital.*, l. 409), *certo e actual*, isto é, que delle tenha *livre exercicio* o respectivo agente — Vj. nossa cit. *Theoria*, § 19.

Ora, firmar estes principios, que são incontrovertidos, e chegar logicamente áquella negativa, é uma e a mesma coisa. Si ninguém sustentará, sobre bons fundamentos jurídicos, que o governo tem a obrigação perfeita de nomear este ou aquelle candidato só porque lhe foi proposta a nomeação, obvio é que o concorrente não tem o direito exigível de ser nomeado. A simples expectativa de ser nomeado, dada a habilitação e classificação ou proposta, está muito longe de se equiparar a um direito

*nosso*, conteúdo em nosso patrimonio, actual e certo, como qualquer *res nostra*, que nos tendo sido violada ou estando sob a ameaça de o ser, possamos judicialmente pedir que volte a nós ou nos seja assegurada.

Estes principios foram guardados no art. 13 da L. n. 221 de 20 de Novembro de 1894, com relação ás causas que se fundarem na *lesão de direitos individuaes* por actos das autoridades administrativas da União: que razão haveria para que outros fossem quanto ás autoridades administrativas estaduaes? Sem lesão de um *direito individual*, que é como si se dissesse *direito adquirido*, não ha acção possivel.

Nem o concorrente poderá allegar que o governo não annullou o concurso havido, e que até lá, portanto, não lhe era licito illidir aquella expectativa, legitimamente fundada na fé ligada aos respectivos editaes.

Infelizmente para o candidato preterido houve mais do que annullação: houve um acto governamental que por completo prejudicou o concurso. Si antes de ser provida a cadeira de inglez e allemão, a que concorreu o consultante, novo Regulamento a dividiu em duas, *ipso facto* prejudicado ficou o mesmo concurso, pois que as duas novas cadeiras tinham de ser postas em concurso, precisamente porque estavam vagas. Si o governo, considerando as provas do concurso havido, nomeasse o consultante para uma das cadeiras em que se desmembrou a primitiva, e puzesse em concurso a outra, convenho em que censuras não lhe devessem ser feitas por isso; mas dahi para affirmar a pretensa obrigação do governo de nomear o candidato proposto, a distancia se mede pela que leva da equidade ao direito formal e positivo. Mas o direito á equidade não é, quando negado ou contrariado, capaz de originar um direito accionavel. Já ninguem toma hoje ao sério Lobão no § 24, 5º, das *Acções summarias*, quando admite acção civil por *puros motivos de equidade*. Vid. a cit. *Theoria do Proc.*, 1º vol., pag. 114.

Não tendo motivo algum para duvidar da verdade da exposição *supra* — propendendo, ao contrario, na minha qualidade de professor, para encarar com sympathia a causa do consultante, sou todavia forçado, pela logica irremovivel dos principios juridicos, a lhe contestar direito á pretendida acção.

Tenho para mim que o Governo estava no seu direito — e não ha direito contra direito.

Respondendo assim, julgo-me dispensado de me referir isoladamente a cada um dos quesitos propostos.

S. M. J.

6—6—01.

### LXXXI

— Divisas entre dous municipios. Leis que as decretam têm ou não vigor consoante os principios geraes sobre a applicação das leis.

### Proposta

Considerando-se que a lei de 1836, que elevou á freguezia o curato de Santo Antonio da Cachoeira, ordenou que pelo governo provincial fossem-lhe designadas as divisas que a lei de 1850, que desmembrou de Atibaia, passando para o municipio de Nazareth, a freguezia recém-erecta, alterou as divisas da lei de 1836, fixando-as agóra pelo rio Atibaia e ribeirão dos Amaraes, a meia legua daquella cidade; que a lei de 1829, revogando expressamente a lei de 1850, restabeleceu as divisas da lei de 1836; que, syndicando-se a respeito destas divisas, não se descobre o acto do executivo provincial que as deveria ter fixado; mas, que, desde tempos immemoriaes, as divisas *de facto* entre Atibaia e Santo Antonio foram pelo Morro Grande dos Cunhas, a tres leguas de distancia da primeira daquellas cidades; que sempre a zona territorial limitada pelo dito Morro Grande dos Cunhas foi

considerada atibaíense, estando os moradores sempre sujeitos ao juízo de direito da comarca de Atibaia e á camara municipal desta cidade; que nunca conflicto nenhum se suscitou entre os dois municipios confinantes a respeito destas divisas *de facto*, antes foram sempre por ambos respeitadas; que não ha muito tempo o Congresso creava uma escola no bairro da Cachoeira, que é parte da zona em questão, dando-o como sito no municipio de Atibaia ; que em 1885, uma lei (lei de 6 de fevereiro) decretava a passagem de José Gonçalves de Moraes Cunha, de Atibaia para Santo Antonio, sendo que o dito José Gonçalves morava exactamente na contravertente do alludido Morro Grande dos Cunhas, que, ultimamente, o juizo de direito de Santo Antonio da Cachoeira, baseando-se na lei de 10 de Junho de 1850, revogada pela de 1859, pretende fazel-a vigorar, allegando a ausencia de acto official delimitando divisas, na conformidade da lei de 1830, e ordenando, nesta convicção, o sequestro da fazenda "São João", aquem do dito Morro Grande dos Cunhas, na área contestada; que, contra a doutrina do *uti possidetis* allegada pelo juiz de Atibaia, oppôz aquelle juizo a lição de Ramalho de que *não se póde adquirir a jurisdição por costume ou prescripção* — pergunta-se:

1º

Foi legal o sequestro do immovel S. João, ordenado pelo juiz da Cachoeira?

2º

E' juridica a applicação que se pretende dar á lei de 1850, como reguladora das divisas entre os dois municipios litigantes, ou deve prevalecer a favor do de Atibaia o estado de coisas já constituido pela posse?

E' applicavel na hypothese figurada, a lição de Ramalho, citada como fundamento de seu acto pelo juiz de Santo Antonio?

## Resposta

Concordo plenamente com o parecer *retro*.

Nem outra póde ser a solução do negocio ou duvida, que se resolve pelos rudimentos da hermeneutica juridica.

Quaesquer que na verdade fôsem as divisas do curato de Santo Antonio da Cachoeira na época em que foi elevado á freguezia, ficaram ellas restauradas logo que a lei de 1850, que lhe havia traçado divisas certas, foi expressamente revogada pela de 1859. *Abrogatur*, disse Ulpiano, *id est prior lex tollitur*. Quer dizer: lei abrogada ou revogada é lei formal e irrevogavelmente extincta — Saredo, *Trat. delle leggi*, n. 800.

E ficaram restauradas taes quaes eram, pois tal é o effeito da abrogação expressa das leis. Como julgou o sabio Tribunal de Cassação de Pariz, por decisão de 8 de Fevereiro de 1850, abrogada uma lei que abrogára outra anterior, revive esta inteiramente. — Dalloz, *Rép.*, vb. *Lois*, n. 261 e *Jurispr. génér.*, 1850, 4, 14.

“Quando il legislatore abroga una legge, senza sostituire espressamente ad essa un'altra legge per regolare la materia cui era provveduto dalle due leggi, v'è la presunzione naturale che ha voluto *ristabilire lo stato di cose anteriori*” — cit. Saredo, n. 806.

Eis ahi: em 1836 o curato de Santo Antonio da Cachoeira devia necessariamente se limitar ou por divisas naturaes certas e determinadas ou por effeito da observancia uniforme e continua de certas linhas ideaes, limitativas da jurisdicção temporal e ecclesiastica das respectivas autoridades, e dentro das quaes o povo mantinha a posse publica. Elevado á freguezia, deixou a respectiva lei a cargo do governo provincial o lhe marcar definitivamente divisas.

Tivesse ou não o governo satisfeito a delegação, nova lei de 1850 traçou as divisas referidas na consulta.

Mas em 1859 veio outra lei, e revogando expressamente leis e disposições em contrario, restaurou a lei de 1836.

Logo, tudo voltou ao estado de coisas anterior á lei de 1850, e portanto, ficaram restauradas as antigas divisas, isto é, ou as que por ventura se houvessem traçado entre 1836 e 1850, e possam algum dia ser encontradas, ou as que as autoridades e o povo do logar praticamente observaram até 1836, si effectivamente o governo provincial jámais traçou outras.

O que não é de todo admissivel é que se observem ainda as divisas traçadas pela lei de 1850, expressamente revogada.

---

Isto posto, respondo:

Quanto ao 1º quesito, que estando a fazenda “S. João” situada como se descreve na consulta, não tinha o juiz de direito da actual comarca de Santo Antonio da Cachoeira competencia para decretar o sequestro de que se trata.

Ao 2º, já ficou respondido na exposição supra.

Ao 3º, nada tenho que acrescentar ao parecer do Dr. Pedro Lessa. O inconcusso principio que o referido juiz de direito invocou da *Praxe*<sup>1</sup> de Ramalho nada tem com o caso. Antes com elle é que tem o outro principio de direito publico, tambem ensinado pelo venerando mestre: que é prohibido ao juiz, incompetente *ex ratione loci*, intrometter-se na jurisdicção alheia.

Si um juiz não póde adquirir jurisdicção por prescripção, poderá outro adquirir competencia por lei revogada?

*S. Paulo, 27 de Dezembro de 1902.*

---

<sup>1</sup> *Praxe Brasileira*, § 3º.



## LXXXII

1º) Violento é o acto do governo pelo qual dá como rescindido o contracto de arrendamento; de proprio nacional.

2º) E fica obrigado a indemnizar o arrendatario dos prejuizos que a violenta rescisão lhe causou.

3º) O *pacto commissorio tacito* não é do nosso direito.

F. & F. celebraram com o Governo Federal um contracto de arrendamento de um proprio nacional, donde se deveria extrahir um producto de grande valor commercial, dando F. & F. uma porcentagem sobre cada exportação.

N'esse contracto, que era pelo espaço de dez annos, se estipulou que os arrendatarios seriam sujeitos á pena de caducidade *sómente* no caso de não iniciação do serviço da exploração dentro do praso de seis mezes; mas, os arrendatarios iniciaram esse serviço 49 dias depois da assignatura d'aquelle contracto: do que teve sciencia official o Governo, e foram interrompidos por ordem do mesmo Governo na dita exploração quatro mezes e vinte dias da data do contracto, allegando o Ministerio que assim procedia, por não terem os arrendatarios pago uma joia ou "luvas", a que se haviam compromettido no contracto em um praso certo; e com este mesmo fundamento o Ministro declarou caduco o contracto de arrendamento nove dias antes do praso de seis mezes que aliás, já estava interrompido pelo cumprimento da iniciação do serviço.

Ora, não havendo no contracto outra clausula, que determinasse a caducidade, sinão a da falta da iniciação do serviço dentro de seis mezes, o que os arrendatarios cumpriram, nem multas para quaesquer outros casos, mesmo o da falta de pagamento das "luvas" —

Pergunta-se:

1) Deve o governo responder pelo acto violento do despacho de caducidade?

2) Podia esse acto ser arbitrario do Ministro sómente?

3) Importa essa violencia em indemnização de prejuisos, perdas e danos, a que tenham direito os arrendatarios?

### Resposta

E' rudimentar em direito que o Estado, ou melhor, na justa observação de Giorgio Giorgi, o Governo deve ser considerado em duplo aspecto: como autoridade, exercendo o *imperium* e, nessa qualidade de poder publico, se apresenta em posição de superioridade respectivamente aos individuos, ou como pessoa juridica, com toda a actividade na esphera dos phenomenos juridicos da ordem privada, pondo-se então em perfeito pé de igualdade com aquelles com quem abre e mantem qualquer das innumeras figuras das relações de direito. Poder que commanda, administração que contracta — G. Giorgi, *La dottrina delle Persone Giuridiche*, vol. 2º, cap. prelim. e *passim*.

E' certo que o Governo, como agente da administração publica, tambem age como autoridade; mas, no dizer de Léon Aucoc em suas *Conferencias sobre o Direito administrativo*, a administração não age sómente por via de autoridade. "Mostramos, ensina aquelle eminente tratadista, que os interesses geraes e locaes se personificam, e que, a certos respeitos, a administração trata de igual para igual com os particulares, ou pela aquisição, alienação e gestão de suas propriedades, ou para satisfacção de certos serviços publicos. Dahi se segue que, nas regras especiaes do direito administrativo, faz-se constantemente allusão ás regras do direito privado, que regem a condição das pessoas e dos bens: regras que são a base das relações juridicas entre a administração e os particulares."

E pois o Governo, gerindo o patrimonio do Estado, celebra contractos de caracter juridico privado, e como parte adquire e assume os mesmos direitos e as mesmas obrigações que o vinculo contractual produz na ordem civil. E é precisamente no valor juridico privado de taes contractos que se contém *l'espressione genuina della personalità giuridica dello Stato* — cit. Giorgi, pag. 360.

Ora, ainda mais vulgar é em direito o supremo principio regulador dos contractos: que, cada qual das partes contractantes fica adstricta ao cumprimento das obrigações assumidas, precisamente nos termos e condições em que o foram. Pelo que — e é outro principio organico da theoria das obrigações *ex contractu*: nenhuma das partes póde, *ex proprio motu*, rescindir o contracto.

E não o pode ainda que a outra deixe de cumprir as respectivas obrigações. A chamada *condição resolutoria tacita* ou *pacto commissorio tacito*, que não era do direito romano — G. Giorgi, *Teoria delle Obbligazioni*, vol. 4º, pag. 210 — não é tambem do nosso direito. O inimplemento dos contractos synallagmaticos só os resolve quando assim foi ajustado — Ord. IV, 5 § 3; Alv. de 4 de Setembro de 1810; Coelho da Rocha, § 821; Teixeira de Freitas, *Consol.*, art. 532.

Mesmo no caso de ajuste, a resolução não se opera *ipso jure*, no sentir de escriptores de nota, sinão quando isso mesmo ficou explicitamente consignado — Marcadé, ao art. 1184, II; Larombière, ao art. 1184, 53; Demolombe, 11, 549; Mazzoni, *Instituzioni*, IV, 93, e outros — vid. o cit. Giorgi, p. 217 — doutrina esta que, aliás, não se póde adaptar ao nosso direito, prohibitivo dos contractos chamados desaforados — Ord., IV, 72; João Monteiro, *Theor. do Proc.*, vol. 2º, pag. 29, not. 4.

Absoluta é, portanto, a regra: os contractos synallagmaticos só se rescindem por virtude de sentença.

Encarando agora de frente a *hypothese*, é evidente que o contracto de arrendamento, de que se trata, só poderia ser rescindido, e só por sentença, si se tivesse realizado a unica condição resolutiva que lhe é apposta, isto é — si os arrendatarios não realizassem o inicio das obras de exploração dentro em 6 mezes da data da escriptura; nunca, porém, pela allegada falta do pagamento da joia ou luvas, a que se refere a consulta; isso nunca, uma vez que esta obrigação não foi convencionada com clausula resolutiva. O inimplemento de tal obrigação só poderia dar logar á respectiva acção de cobrança, com os juros da mora.

Isto posto, respondo:

Ao 1º) Tendo sido violento o acto do Governo, que, sem fórma nem figura de juizo, rescindiu o contracto, deve responder por elle, por ser aquelle contracto, como é, acto de mera administração, sujeito ás normas e regras do direito privado — G. Giorgi, *Person. Giur.*, III, n. 80.

Ao 2º) A negativa está patente nas considerações acima feitas.

Ao 3º) Sim, sendo incontestavel que o acto arbitrario do Governo causou damno aos arrendatarios, consequencia juridica inevitavel é que o Governo os deve indemnizar.

Salvo melhor juizo.

*S. Paulo, 31 de Outubro de 1902.*

### LXXXIII

— Extinctas as Assembléas Provinciaes do tempo da monarchia, não subsistem quaesquer das attribuições que ellas exerciam.

— Só o poder Judiciario é competente para conhecer das questões de Direito privado entre as Camaras Municipaes e os municipios.

— Das questões de competencia pode sempre conhecer o Poder Judiciario.

## Consulta

Francisco José Monteiro, sabendo que a Camara Municipal mudara o destino de uma chacara desapropriada expressamente para Matadouro Publico, comprou aos herdeiros dos proprietarios desapropriados o direito de reaver da mesma Camara Municipal a propriedade daquela chacara.

Já então, proclamada a Republica em 1889, os municipios do Estado de S. Paulo eram administrados por intendencias nomeadas pelo governo.

Portanto, Francisco José Monteiro requereu á Intendencia da Cidade de S. Paulo a restituição da chacara por não ter sido applicada á utilidade publica, para a qual fôra desapropriada.

Como era de esperar, a Intendencia Municipal indeferiu aquelle requerimento. E, pois, forçoso foi recorrer ao Poder Judiciario, mediante a acção competente: visto que, tendo sido dissolvidas e extinctas as assembléas legislativas provinciaes pelo Decreto n. 7 de 20 de Novembro de 1889, já não podia ser usado o recurso do art. 5º da Lei Provincial n. 57 de 18 de Março de 1836, cujo theor vai transcripto:

"Art. 5º Todo este processo (de indemnização dos bens desapropriados) será expedido administrativamente, sem as formalidades judiciais; e sómente haverá recurso ordinario sobre o quantitativo da indemnização arbitrada, *e recurso á assembléa legislativa provincial para a restituição da propriedade*, um e outro sem suspensão."

Segundo os arts. 3º e 5º da citada Lei, feita a declaração de utilidade publica, era affecto tudo ao juizo municipal para a avaliação da indemnização por louvados do proprietario e da fazenda provincial ou municipal, conforme o caso. E assim se fez quando a chacara foi desapropriada.

Correu seus termos a acção proposta por Francisco José Monteiro, e o juiz da primeira instancia, reconhecendo embora o direito á reversão da chacara, julgou prescripta a acção pelo lapso de mais de dez annos.

Appellou Francisco José Monteiro, e o Tribunal da Relação reformou a sentença da primeira instancia, para julgar improcedente a pedida reversão, desprezando a prescrição allegada.

Embargou elle esse Accordam, e o tribunal reformou-o, para julgar procedente o pedido de reversão.

Por sua vez a Intendencia Municipal embargou o segundo Accordam, allegando a incompetencia do Poder Judiciario para ordenar a restituição da chacara, e, para isso, citou o art. 5º da Lei Provincial n. 57 de 18 de Março de 1836, pretendendo que, tendo desapparecido a assembléa legislativa provincial, o recurso deveria ser interposto para o Congresso do Estado. Mas, Francisco José Monteiro, impugnando esses embargos, mostrou que aquelle recurso já não tinha razão de ser; tanto assim que o governador provisorio do Estado de S. Paulo, expedindo o decreto n. 13 de 15 de Janeiro de 1890 sobre a administração municipal, estatuiu no paragrapho unico do art. 8º o seguinte:

“§ unico. Quando, porém, os actos offensivos de direitos dos particulares tiverem por objectivo immediato os direitos *patrimoniaes* do municipio, agindo as Intendencias como pessoas juridicas, ao Poder Judiciario caberá conhecer dos recursos que forem interpostos.”

Não tendo sido dada a forma desses *recursos* para o Poder Judiciario, é obvio que Francisco José Monteiro, usando da acção ordinaria, não prejudicou o municipio, e aliás deu mais largueza para que a Intendencia Municipal defendesse aquelle seu direito *patrimonial*.

Na sustentação dos embargos, a Intendencia Municipal continuou a propugnar pela falta de competencia do Poder Judiciario para o caso que era objecto da acção proposta.

O Tribunal da Relação, porém, regeitou os embargos da Intendencia Municipal, e confirmou o segundo Accordam.

Este Accordam passou julgado, e foi extrahida a sentença para execução.

Iniciada esta, a Intendencia Municipal logrou ser admittida a offerecer embargos depois dos dez dias; e, discutidos esses embargos, foram remettidos ao Tribunal de Justiça para julgal-os. Ainda nesses embargos foi articulada a *incompetencia do Poder Judiciario*, afim de ser annullada a sentença exequenda com o processo respectivo, equivalendo a *segundos embargos* ao Accordam.

Pergunta-se:

1º) Tendo sido extinctas as assembléas legislativas provinciaes, é licito considerar subsistente o recurso creado pelo art. 5º da Lei Provincial n. 57 de 18 de Março de 1836, para ser interposto para o Congresso do Estado, apezar do § unico do art. 8º do Decreto n. 13 de 15 de Janeiro de 1890, muito claro e expresso?

2º) Não existindo no regimen republicano o contencioso administrativo, e tratando-se de uma questão de *propriedade*, não era o Poder Judiciario o unico competente para conhecer da acção?

3º) Podia o Tribunal de Justiça, conhecendo de novo da incompetencia do Poder Judiciario, materia velha e já decidida na appellação, annullar a sentença em execução?

4º) O Tribunal de Justiça commetteu, assim decidindo e julgando, attentado e força?

## Resposta

Ao 1º

Não. Extinctas as assembléas provinciaes, implicitamente pela revolução, explicitamente pelo dec. n. 7 de 20 de Novembro de 1889, considero erro de direito constitucional ter como subsistente qualquer das attribuições que exerciam aquellas corporações politicas.

Nada absolutamente ha de commum entre aquellas creações das leis de 12 de Outubro de 1832 e 12 de Agosto de 1834 e os congressos estaduaes: politicamente, tudo entre nós é fundamental e funcionalmente novo.

Consoante os principios do systema republicano federativo, deu o art. 63 da Const. de 24 de Fevereiro a cada Estado a faculdade de se reger pela Constituição e leis que adoptasse.

Ora, a nossa Const. de 14 de Julho, organizando originariamente os poderes politicos do Estado, em seu art. 20, além da attribuição geral de fazer leis, suspendel-as, interpretal-as e revogal-as, assignou ao Congresso as respectivas attribuições.

Mas em nenhum dos §§ do dito art. 20 é possível enquadrar a de que se trata. Portanto, ainda quando não occorresse, para a revogação da Lei Provincial n. 57 de 18 de Março de 1836, a ponderação de ordem geral acima feita, a simples leitura da Constituição Paulista autorizaria identica conclusão.

E, si me não levam á conta de insufflação vaidosa, affirmarei, com a autoridade dos que mais proximamente collaboraram naquella Constituição, a respeito da qual posso repetir o *magna pars fui*, que foi pensamento fundamental da Constituinte paulista crear um mundo politico inteiramente novo. O Congresso legislativo do Estado não é nem póde ser tribunal *ad quem*, em assumpto concernente ao direito privado.



Portanto,

*Ao 2º*

A doutrina contida no artigo 8º do dec. n. 13 de 15 de Janeiro de 1890 é a única que pôde ter effectividade actual. Só o Poder Judiciario é competente para conhecer da questão.

*Ao 3º*

O Tribunal de Justiça podia, posto que a materia já houvesse sido decidida em ultima instancia, e se tratasse da execução do julgado, conhecer de novo da questão da incompetencia; pois tal materia *quia juris est, semper nova reputatur et admissibilis*. — Guerr., *For. Quest.*, 99, n. 58, e é expresso em lei — Ord. III, 87 § 1º; Reg. n. 737 de 1850, art. 577 § 1.

As expressões finais da Ord. *si já na causa principal não foram allegados* — não podem se referir sinão ao 2º periodo do paragrapho, *ibi: E bem assim*, etc.; tanto que, com relação aos embargos admissiveis pelo primeiro periodo, e entre estes estão os que concluem pela incompetencia do juiz, a Lei se exprime nestes termos: *porque se conclua segundo o Direito a sentença ser nulla*.

O que é de lamentar, porém, é que o Tribunal de Justiça tivesse julgado procedente a sonhada incompetencia do Poder Judiciario.

Chamo a isto um suicidio politico.

*Ao 4º*

Prejudicado.

S. M. J.

*S. Paulo, 29 de Abril de 1893.*

## LXXXIV

— Modo de computar o prazo de privilegios firmados por virtude de contracto.

— O prazo começa a correr da assignatura do contracto e não da lei que autorizou o privilegio.

Em virtude da lei provincial n. 69 de 2 de Abril de 1876 e do contracto celebrado com o Governo da Provincia de 17 de Dezembro de 1879, quando termina o privilegio da Santa Casa de Misericordia desta capital para o serviço funerario?

Esse prazo deve-se considerar terminado a 2 de Abril de 1896 pela clausula 2<sup>a</sup> do contracto que a Misericordia celebrou com Carlos de Meira Botelho?

## Resposta

Após a leitura da lei e do contracto, ficamos sem atinar com a razão da pergunta — pois que toda pergunta presuppõe duvida — e duvida alguma é possível acerca desta conclusão: o privilegio de que se trata termina, não a contar da data da lei, sinão da do contracto; isto é, não terminou a 2 de Abril de 1896, mas terminará a 17 de Dezembro de 1899.

E' rudimentar que os effeitos dos contractos começam do momento em que as partes acceitam a estipulação, pois que só deste momento nascem as respectivas obrigações: e si o contracto tem, no tempo, vida limitada, *civilis annus, mensis, dies*, o momento *a quo*, ou donde começa o contracto, é o da data da estipulação si outro não foi expressamente previsto, preterito ou futuro. Exemplo: *a contar do dia tal proximo passado ou de tal acontecimento ou dia proximo futuro*. — Glück, *Com. ad. Pand.*, II, § 269, Savigny, *Dr. Rom.*, § 192, 194. Ora, no contracto em questão, longe de se determinar certo *dies a quo*, diz-se explicitamente na clausula 1<sup>a</sup> que o governo concede á Santa Casa de Misericordia privilegio por vinte annos para o serviço de enterramentos; e para que

duvida não houvesse, se fez ali referencia ao art. 1º da lei n. 69 de 1876, segundo a qual estava o governo autorizado a conceder tal privilegio *por aquella tempo á Santa Casa ou a quem melhores vantagens offerecesse*.

Logo, o contractante tinha direito a vinte annos de privilegio.

Mas si o contractante só o é depois que assigna o respectivo contracto, segue-se que só depois deste é que começou a correr o prazo do privilegio.

E si sómente hoje o Governo tivesse deliberado usar daquella autorização — ficaria o dito prazo reduzido a tres annos?

E si houvessemos de contar o prazo da data da Lei, não iriamos cair no absurdo de computar nelle o prazo do concurso?

No proprio contracto achamos argumento decisivo. Lê-se na clausula 13ª que a empresa deveria ser montada dentro de 6 mezes *da data do mesmo contracto*, mas que *poderia antes disso entrar no gozo do privilegio etc.* Logo, nem mesmo os seis mezes concedidos para a montagem do serviço se computariam no prazo dos vinte annos si a empresa não se quizesse utilizar daquella faculdade.

Portanto, não são sómente os principios mas tambem a propria letra da Lei e do contracto, que estão a nos mostrar que o prazo do privilegio terminará a 17 de Dezembro de 1899.

Este é o meu parecer, salvo melhor.

Em tempo.

Não obsta aquella conclusão a circumstancia de se haver declarado, no contracto a que se allude no 2º quesito, *que o privilegio terminava em 2 de Abril de 1896*: 1º) por conter similhante declaração manifesto erro de facto, que a ninguem obriga; 2º) por partir de pessoa incompetente para por si só modificar a Lei n. 69 e o contracto de 17 de Dezembro de 1879.

## LXXXV

1º) Extensão da competência administrativa das Camaras Municipais na execução das leis que as autorizam a contractar obras de interesse publico.

2º) Novação — seus caracteres.

3º) Caracterização da *vis major*.

4º) Responsabilidade das ditas Camaras pela caducidade que ellas mesmas só por si decretam dos contractos que celebram com terceiros.

### Respondo:

*Ao 1º*

Sim. A Lei Provincial n. 67 de 24 de Março (não é de Maio: vide rectificação constante de fl. 6 da certidão junta) de 1888 autorizou a Camara Municipal da capital a conceder a Alberto Kulmann, ou á empresa que o mesmo organizasse, privilegio por 50 annos para a construcção, uso e gozo de uma linha ferrea elevada entre a rua de S. Bento e o Largo de Paysandú.

Ora, o contracto de 28 de Dezembro de 1888, celebrado entre a referida Camara e o dito Kulmann, tendo precisa e exclusivamente por fundamento aquella mesma lei e por objecto a concessão d'aquelle mesmo privilegio, limita-se a estabelecer as condições technicas da construcção da linha, prazos, preço de passagens, fiscalização, cauções e penas, tudo concernente á necessaria effectuação do dito privilegio.

Logo, é certo haver perfeita conformidade entre a Lei n. 67 e o contracto de 1888.

Quanto ao contracto de 8 de Agosto de 1890, posto que tenha por objecto concessão differente e extranha áquella Lei, isto é, concessão de uma linha de carris de ferro em prolongamento da dita via ferrea elevada — não é, na parte concernente a esta mesma via ferrea, menos

conforme com a referida Lei; porquanto, autorizada legislativamente a contractar com Kulmann ou com a empresa que este organizasse, a Camara Municipal ficou tambem, e virtualmente, autorizada a modificar os contractos segundo as conveniencias do serviço, ou as exigencias da commodidade publica, ou quaesquer circumstancias supervenientes o indicassem. Tem aqui applicação correcta a regra de direito: — *non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere* — fr. 21 D. de div. reg. jur. (L. 17). Quem pode o mais, pode o menos.

Ora, no dito contracto de 1890, a Camara Municipal, quanto ao anterior de 1888, nada estabeleceu que extravagasse da Lei n. 67: apenas reduziu o preço que estava marcado para a passagem pelo viaducto, e impôz a condição da abertura de galerias lateraes para transito de pedestres; e porque esta condição *alterava profundamente o typo do viaducto*, segundo se lê na clausula 25<sup>a</sup> do contracto, prorogou, na clausula 26<sup>a</sup>, os prazos anteriormente concedidos para o começo e a terminação das obras.

Logo, nada ha no contracto de 1890 que contrarie a Lei n. 67.

*Ao 2º*

Sim, como resulta do contexto das já referidas clausulas 23<sup>a</sup> e 26<sup>a</sup>.

*Alterando profundamente o typo do viaducto* e os prazos incertos no contracto de 1888, o de 1890 operou sem duvida a translação de obrigação anterior — *prioris debiti* — para outra nova *in aliam obligationem*.

Logo, deu-se novação. Nem importa que, em seu inicio, a lei ultima do Cod. de *novationibus* (VIII, 42), declare que novação não se dará, quando alguém tiver em alguma obrigação convencionado sobre o augmento ou diminuição da quantidade, addicionado ou subtraindo uma condição ou tempo; que, de modo algum se haja então por innovada a 1<sup>a</sup> obrigação, sinão meramente corroborada pelas posteriormente

contrahidas; porquanto, como decorre da natureza das coisas, não é possível deixar de se haver por innovada uma obrigação quando se tornam incompatíveis as duas obrigações ou quando a inovação vem como consequencia necessaria da convenção posterior. Tal é a lição de Guerreiro (Tr. 2º, liv. 8, cap. 9): *Novatio non intelligitur, nisi expresse facta sit, vel veniat in necessariam consequentiam*.

E' precisamente o que acontece no caso da consulta; portanto, posto que permanecessem as mesmas as partes contractantes e a mesma a substancia do contracto, fóra de duvida é que se deu novação. *Si hoc non agatur, due erunt obligationes* (fr. 2º D. de nov., XLVI, 2) e patentemente incompatíveis; tanto mais quanto é certo que ao celebrar-se o 2º contracto, já exgottados estavam os prazos marcados no 1º — e isto equivale ao *expresse facta sit*, do nosso Guerreiro.

### Ao 3º

Caracterizando-se, como decorre da definição de Vinnius fr. 5 § 2º D. *loc. cond.*, (XIX, 2): *Omne quod humano coeptu proevideri non potest, nec cui proeviso potest resisti* — pela imprevisibilidade e pela irresistibilidade; ou consistindo, na expressão do Tribunal de Paris (Dalloz, *Jurispr. Génér.*, 1857, I, 307), em um acontecimento superior á vontade individual, e que a mesma vontade é impotente para prevenir ou impedir — a força maior é pura questão de facto cujo reconhecimento fica preso á prova das circumstancias ou factos capazes de a constituírem.

Portanto, si o concessionario provou que a Companhia Cantareira e Exgottos, não fez, a tempo de poder elle concluir, no prazo do contracto, a construcção da via ferrea elevada, a substituição dos encanamentos de agua e exgottos no lugar da mesma construcção, e que, sem aquella substituição, não podia concluir as obras do seu contracto, não ha duvida que se deu um caso de força maior, justificativo da inexecução do alludido contracto.

Ao 4º

E como consequencia da resposta anterior, não podia a Camara Municipal, mesmo quando não estivesse o caso de força maior previsto explicitamente na clausula 26ª do contracto de 1890, desconhecer aquella justificativa desde que o concessionario produziu prova da allegação. A força maior é exclusiva da culpa, pois sendo esta *quod, cum a diligente provideri poterit, non esset provisum* (fr. 31 D. *ad leg. Aquil.*, IX, 2), caracteriza-se aquella, como vimos, pela imprevisibilidade e pela irresistibilidade — Hasse, *Die Culpa des Römischen Rechts*, IV, 17. Ora, entre a prova de um facto irresistivel e o arbitrio, não ha approximação possivel.

Logo a Camara Municipal estava juridicamente obrigada a prorogar os prazos do contracto: não podia arbitrariamente decretar a caducidade d'elle. Fazendo-o, infringiu o direito, rompeu o *vinculum juris* de um solemne e perfeito contracto synallagmatico.

Ao 5º

Pelo que, está a Camara Municipal juridicamente obrigada a indemnizar o concessionario de todos os prejuizos que soffreu e interesses que deixou de perceber pela inexecução do contracto — *id quod interest*, ou *quanti ea res est* ou *utilitas* — Van Wetter, *Les Obligat. en Dr. Rom.*, 1, 69; Schupfer, *Il diritto delle oblig.*, p. 29.

O cumprimento desta obrigação deve ser pedido por acção ordinaria judicial, sem embargo de haver o governo do Estado decidido administrativamente a questão, negando provimento ao recurso interposto pela parte da decisão da Camara Municipal, que declarou caduco o contracto.

E, si importasse substancialmente á questão vertente, facil fôra demonstrar que o poder executivo do Estado, tomando conhecimento

do alludido recurso, aliás escusado ou indiferente quanto aos direitos do concessionario, e decidindo como lhe approuve, procedeu sem fundamento legal absolutamente nenhum: ao invéz, contrariou a nossa Constituição de 14 de Julho, arts. 36 e 52-56, e consequentemente a Lei n. 16 de 13 de Novembro de 1891, *a mais democratica de todas as leis brasileiras*, como dissémos na tribuna do Senado Paulista.

S. M. J.

### **LXXXVI**

— Inconstitucional é a lei que concede privilegio para o serviço do enterros, comprehendendo vehiculos para conducção de cadaveres, fornecimento de caixões, armação e mais objectos proprios para mortuarios.

— As Casas de Misericordia, como corporações de mão morta, não pódem contractar taes serviços.

— A invasão de um privilegio, sendo acto illicito, nunca importará a caducidade delle.

— O excesso do prazo concedido para a execução do privilegio só por si não importa tambem a sua caducidade.

O presidente da provincia de S. Paulo, fundado na L. provincial de 1826, que lhe deu tal autorização, concedeu privilegio por vinte annos á Santa Casa de Misericordia desta capital para o serviço dos enterros, de vehiculos para conducção dos cadaveres, caixão, armação e mais objectos proprios da sala mortuaria.

### **Pergunta-se**

1º A lei provincial é inconstitucional?

2º A Santa Casa de Misericordia, como corporação de mão-morta, podia celebrar o contracto referido?



3º Dada a hypothese do privilegio, sendo elle invadido por espaço de quatro annos, não caducou?

4º Sendo a Santa Casa obrigada pela lei n. 62 de 1876 a estabelecer o serviço funerario no espaço de dezoito mezes da data da lei, perdeu ou não qualquer direito desde que assim não procedeu, creando o serviço muito depois deste prazo?

**Respondo:**

Quanto ao 1º, sim; a lei de que se trata é evidentemente inconstitucional.

Dizia o art. 12 do Acto adicional, o então codigo politico das assembléas provinciaes: "As assembléas provinciaes, não poderão legislar sobre objectos não comprehendidos nos dous precedentes artigos." Ora, em nenhum destes artigos comprehende-se, nem mesmo logicamente, a faculdade de conceder privilegio. Mas o Acto adicional, decretado nos termos da carta de lei de 12 de Outubro de 1832, posto que houvesse franqueado ás provincias direitos e faculdades que até então se concentravam no governo central, não quebrou de todo o molde da politica unitaria constitucional de 1824. No regimen federativo actual os estados conservam todo e qualquer poder, ou direito, que lhes não fôr negado pela constituição federal (Const. Fed., art. 65), ou como muito! melhor se exprime o art. 2º da Constituição de São Paulo: exercem todos os direitos que não são, pela Constituição da Republica, exclusiva e expressamente delegados aos poderes federaes; no regimen unitario, ao envez, a constituição do estado é que determinava, definia, taxava as materias ou objectos sobre que os poderes provinciaes podiam legislar ou exercer actividade governamental.

Isto posto, além das attribuições que taxativamente aquelle acto additivo da Constituição assignava ás assembléas provinciaes, tudo quanto partisse dellas trazia o vicio organico de inconstitucionalidade.

Logo, a alludida lei de 1876 é evidentemente inconstitucional. Accresce, que si por este motivo não fôsse inconstitucional, a dita lei sel-o-ia ainda por contrariar a disposição do art. 179 § 24 da Constituição então em vigor, ainda que tal disposição fôsse frequentemente reduzida á condição de letra morta pelo governo da monarchia. A plena liberdade de industria era dogma constitucional, que a lei provincial de 1876 feriu de frente.

Quanto ao 2º, não; a Santa Casa de Misericórdia, como corporação de mão-morta, não podia celebrar o contracto de que se trata. Quer pelos principios scientificos, quer pela letra da nossa lei positiva, parece incontestavel que o serviço a que se refere a consulta constitúe verdadeiramente *acto mercantil*.

Si o legislador, por prudente cautela, não definiu o que seja acto de commercio, limitando-se, no art. 19 do Reg. 737 de 25 de Novembro de 1850, a exemplificar ou indicar os actos que a lei considera *mercancia*, póde bem fazel-o a doutrina, como diz um abalizado commercialista italiano.

A definição decorrerá dos caracteres essenciaes do acto, e taes são:

1º Ter por motivo economico impulsor a especulação no fabricar e dispensar mercadorias ao publico ou no offerecer obras e serviços que o publico reclame;

2º Ter por objecto materia habil, isto é, bens moveis, ou semoventes, quer por natureza, quer por disposição da lei;

3º Conter um emprego de capital e de trabalho, com eventualidade e risco (Cipelli, *Teoria giuridica degli atti di commercio*, § 3º).

Mas a Santa Casa de Misericórdia, na execução do alludido contracto, emprega capital e trabalho, com eventualidade e risco, fabrica

e vende certos objectos e aluga o uso de outros e finalmente offerece ao publico um serviço que este quotidianamente reclama.

Perante o citado art. 19 do Regulamento n. 737 ainda parece fóra de duvida a mercantilidade do referido serviço, porquanto, si a lei considera mercancia a revenda de effeitos-moveis ou semoventes, na mesma especie ou manufacturados, ou a compra de taes effeitos para alugar o seu uso, que outra coisa será sinão isso mesmo a revenda de madeiras, pannos e galões manufacturados, caixões mortuarios, ou a compra de carros, cavallos, castiças, cêra, reposteiros, etc., para alugar o seu uso?

A doutrina e a lei têm aqui rigorosa applicação.

Por outro lado, a Santa Casa de Misericordia, fazendo-se mediadora habitual entre o publico e aquelle ramo de serviço, assume, nesta sua actividade, a feição typico-legal de verdadeiro commerciante. A mediação habitual e a especulação, que constituem a qualidade de commerciante (Brancaccio, *Dello stato di commerciante*, sez. III), concorrem indubitavelmente na especie, e tanto mais é neste caso habitual aquella mediação, que a Santa Casa pretende gozar exclusivamente, ou por outra, monopolizar o serviço de que se trata.

Finalmente, penso que os actos relativos a este ramo de serviço estão sujeitos á jurisdicção commercial, em vista da disposição expressa dos arts. 10 e 11 do citado Reg. n. 737. Mas a Santa Casa de Misericordia, é uma corporação de mão-morta, destinada a fins pios exclusivamente, já em vista de sua natureza e indole, já pelo seu compromisso, que é a regra organica de sua existencia como pessoa juridica. Ora, taes corporações têm prohibição expressa do commerciar. Cod. Com., art. 2º n. III. Logo, nullo é o contracto celebrado com a Santa Casa, visto a notoria incapacidade de uma das partes contractantes. Comprehende-se que dada a inconstitucionalidade da lei que autorizou o presidente da provincia a celebrar o contracto, todas as mais questões

que se agitam sobre a validade do mesmo contracto ficam prejudicadas: nulla a alludida lei, nullos são *a fortiori* todos os actos consequentes."

Tem aqui correcta applicação, o brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*. E que aquella lei é nulla, não soffre duvida, porque sendo a Constituição a fonte originaria de todos os poderes, não valem os actos praticados com violação da lei constitucional. São nullos.

Consequentemente, a resposta ao 2º quesito damol-a em these, como igualmente em these respondemos aos ultimos. Assim, quanto ao 3º, não; salvo clausula expressa, a invasão de um privilegio, sendo acto illicito, não póde importar a caducidade delle. *Nemo de improbitate sua consequitur actionem* — fr. 12 § 1º de *furtis*.

Quanto ao 4º e ultimo, si no contracto, cujo theor não conhecemos, estipulou-se que a alludida falta importaria caducidade, não ha duvida que esta póde ser declarada; *aliter*, si nada se estipulou a respeito. A caducidade é uma pena, e como tal só quando expressa é que póde ser infligida.

S. M. J.

*S. Paulo, 13 de Fevereiro de 1892.*

## LXXXVII

1º) As Camaras Municipaes não pódem conceder privilegios que importem restricção á liberdade das profissões industriaes.

2º) Mas não são obrigadas a indemnizar o concessionario de algum privilegio que por aquella razão seja declarado caduco.

A Camara Municipal da cidade X expediu lei concedendo a F. privilegio para estabelecer por dez annos uma Empresa Funeraria para conducção de cadaveres, fornecimento de caixões, preparos e mais adornos mortuarios nas casas particulares e cemiterios, prohibindo a quem quer que seja ter, fazer ou expor á venda, sem consentimento do

concessionario, caixões e mais objectos proprios para enfeitos de caixões, eças, mausoleus, taes como rendas de prata e ouro, galões, etc.

### **Pergunta-se**

1º Podia a Camara Municipal expedir aquella lei?

2º No caso negativo — é obrigada a indemnizar o concessionario?

### **Resposta**

Ao 1º) A negativa me parece fóra de contestação plausível, pois que a lei municipal de que se trata é evidentemente inconstitucional e exorbitante da Lei estadual n. 16 de 13 de Novembro de 1891.

E' inconstitucional porque abertamente contraria o fundamental preceito do art. 72 § 24 da Constituição de 24 de Fevereiro, reproduzido, com a unica restricção possível, no art. 57 n. XV da Constituição do Estado. A plena liberdade de industria é dogma fundamental da nossa organização politica, e tem por limites unicos as exigencias de policia e de hygiene.

E' exorbitante do nosso direito organico-municipal porque, da combinação dos arts. 38 n. 6 e 53 ns. 6, 14 e 15 da citada Lei n. 16, claramente se vê que, relativamente ao serviço de enterros, outra faculdade não compete ás Camaras Municipaes sinão a de expedirem regulamentos ou posturas em que se prescrevam as convenientes normas de hygiene e policia — pois de facto, si, pelo art. 53 n. 14 as Camaras deliberam sobre o referido serviço, suas deliberações só concernem ao que se refere a licenças para inhumações e venda de terrenos para sepulturas nos cemiterios municipaes (art. 38 n. 6), aos proprios cemiterios, sobre cujo assumpto expedirão regulamentos, nos quaes, consoante os arts. 72 § 5º da Constituição federal e 57 n. IV let. f da do Estado, deixarão livre a todos os cultos a pratica dos respectivos ritos religiosos (cit. art. 53 n. 14), e finalmente á policia e ao bem do municipio (*id.*, n. 15).

Mas conceder a certo individuo privilegio exclusivo para construir caixões funerarios, forrados deste ou daquelle panno, alugar o uso de vehiculos e de adornos mortuarios, enumerando taes e taes classes, com maior, menor ou nenhum luxo, e ao lado de tão vexatorias prescripções, impôr taes e taes preços, inabalavelmente prefixados, não é certamente cuidar da policia e hygiene desse ramo do serviço municipal, mas rasgadamente acabar com a liberdade do commercio e industria. Actos meramente de natureza mercantil, a venda de caixões e o aluguel de objectos funerarios constituem indubitavelmente manifestações da liberdade garantida pelo citado art. 72 § 24 da Constituição; portanto, nenhuma autoridade tem o poder de impedir o exercicio dessa liberdade a quem quer que seja, uma vez que se observem as leis do commercio e as mais que se relacionem com o assumpto.

Logo, não podia a Camara Municipal promulgar a lei de que se trata; e, portanto, deve-a revogar antes que os municipes impetrem do Congresso legislativo a respectiva annulação, *ex vi* do art. 54 §§ 1º e 3º da Constituição do Estado.

Ao 2º) Sem necessidade de dissertar sobre a famosa questão de saber si o Estado, ou Municipio, ou qualquer pessoa juridica é responsavel pelos actos dos respectivos agentes ou representantes — questão essa, no testemunho de Giorgio Giorgi, *Delle Oblig.*, vol. 5º, n. 338, erichada de difficuldades espinhosas, e cuja incerteza de principios põe em tortura o engenho dos cathedraticos; questão que é, como, em sua *Dottrina delle Persone giuridiche*, repete aquelle eminente civilista, de importancia suprema no terreno das applicações praticas, porque, admittir facilmente essa responsabilidade ou excluirl-a fóra de proposito, pode dar em resultado ou a ruina do Estado ou a do Municipio, ou então o sacrificio da liberdade civil; sem necessidade, repito, de esmiuçar a materia porque a hypothese é dominada por um principio de direito geral, em poucas linhas

posso demonstrar a negativa: a Camara, uma vez revogada a lei, não fica obrigada a indemnizar o concessionario do serviço de que se trata.

As Camaras Municipaes, como pessoas juridicas, agem ou por meio dos proprios órgãos politicos — *jure potestatis* — ou por intermedio de seus funcionarios — *jure gestionis*. Si a respeito das responsabilidades das Camaras pelos actos de administração ou gestão de seus funcionarios ou empregados tem a polemica dividido escriptores e legislações, e em geral essa responsabilidade só se verifica *ex delicto* ou *quasi delicto*, parece assentado, e com indiscutivel acerto, que a respeito dos actos de autoridade, imperio ou poder praticados pela pessoa juridica como *ente abstracto constituido unicamente para fim de interesse publico* (G. Giorgi, *Oblig.*, V, p. 484), não ha responsabilidade civil alguma.

Tal é o principio fundamental, que Black (*Handbook of Amer. Const. Law*, n. 9) assim compendiou: “*Generally speaking, the responsibility for political action is political only. That is, officers of government, in either of its branches, are not liable at the suit of private parties for the consequences of acts done by them in the course of their public functions and in matters involving the exercise of judgement or discretion.*”

Ora, na hypothese, a Camara X votou uma lei que suppunha constitucionalmente incluída no quadro de suas attribuições politicas; e si o respectivo intendente lavrou contracto com F. fêl-o obrigado pela mesma lei.

Mas esta não deve subsistir por ser evidentemente inconstitucional; e reconhecendo-lhe o vicio, a mesma Camara a revoga. Ora ainda, suprimida a lei, fica o contrato sem base, e necessariamente desaparece tambem. Portanto, reaberta a liberdade do commercio de serviços funerarios, nem a Camara estará sujeita a indemnizar F, porque o seu contrato, si não subsiste, não é porque a Camara o tenha violado, pois contra a lei é que não podia haver contrato, nem tão pouco o intendente, porque a seu respeito, ou de quaesquer funcionarios da

Camara a quem incumbisse a execução da lei revogada, não se pode absolutamente imputar a cessação do mesmo contracto.

Salvo melhor juizo.

## LXXXVIII

— Os contractos entre as Municipalidades e as Companhias de *tramways*, ou outras semelhantes, regulam-se pelos principios geraes do Direito das Obrigações.

— Extensão do direito de taes companhias sobre os trilhos de sua propriedade.

A Companhia de Carris Urbanos, no contracto feito com a Prefeitura em 21 de Dezembro de 1894, entre outras clausulas estipulou as seguintes:

### *Clausula 19*

a) A Prefeitura providenciará para que seja garantido á Companhia o livre uso de suas linhas, requisitando das autoridades competentes providencias para que não seja perturbada a circulação nos carros da mesma Companhia.

### *Clausula 28*

b) A Companhia obriga-se a dar livre transito em seus trilhos, em casos excepçionaes, ás ambulancias destinadas aos hospitaes e estabelecimentos municipaes, bem como ao pessoal que a ellas acompanhe.

### *Clausula 38*

c) O serviço de cargas por meio de vagões que explora a Companhia fica fazendo parte integrante deste contracto, e sujeito a todas as obrigações que lhe puderem ser applicaveis.



### *Clausula 14*

A presente concessão terá vigor até 31 de Dezembro de 1930 e durante este prazo não se poderá estabelecer, em qualquer ponto dentro do perimetro descripto na clausula 1<sup>a</sup>, outras linhas ferreas de bitola estreita ou larga, quer pertençam ás actuaes companhias, quer sejam novas concessões feitas a outros empresarios.

A postura municipal de 28 de Abril de 1884 estatue: (ver tambem a portaria do Ministerio do Interior de 27 de Junho de 1892):

“Dos trilhos de qualquer das Companhias de Ferro Carril só poderão utilizar-se os vehiculos a ella pertencentes”.

Em virtude das referidas clausulas e das demais do referido contracto, que se junta, a Companhia reclamou da Prefeitura, pedindo providencias para ser cohibido o uso de seus trilhos pelos carrinhos de mão, que, além de fazerem todo o seu transito pelos trilhos da Companhia, lhe causam danos não só de concurrencia no serviço de cargas e bagagens, como de estragos nos trilhos e calçamento, cuja conservação é feita a expensas da Companhia na fórmula do referido contracto; a Prefeitura reconheceu procedente a reclamação, mas não providenciou de modo a cessar o abuso por parte dos proprietarios dos carrinhos de mão e resolveu, entendendo-se previamente com a Directoria da Companhia, dirigir uma mensagem ao Conselho Municipal em 27 do mez proximo passado, pedindo que fosse adoptada a medida de ser taxado o imposto mensal de 5\$000 por cada um carrinho de mão que transitar nos trilhos da Companhia, allegando dificuldades praticas para tornar effectiva a prohibição do transito dos ditos carrinhos nos trilhos da companhia.

Em vista do exposto pergunta-se:

/

A não ser o caso previsto na clausula 38 do contracto de 21 de Dezembro de 1891, póde qualquer vehiculo fazer uso e livre transito nos trilhos da Companhia?

//

Tem a Companhia o direito de intentar o *interdicto prohibitorio* contra os proprietarios dos carrinhos de mão?

///

Em vista do não cumprimento da clausula 19 do mencionado contracto por parte da Prefeitura, tem a companhia direito de haver da Fazenda Municipal a importancia dos prejuizos, perdas e damnos?

---

### Resposta

/

Em vista do contracto de 21 de Dezembro de 1894 e dos principios geraes do Direito das Obrigações a negativa se nos afigura indubitavel.

Do contracto — porque a clausula XIX impõe á Prefeitura a obrigação de garantir á Companhia de Carris Urbanos o livre uso de suas linhas, até requisitar das autoridades competentes providencias para que não seja perturbada a circulação dos carros da mesma Companhia, e a clausula XXVIII expressamente só impõe á Companhia, como unica restricção daquelle direito, a obrigação de dar livre transito em seus trilhos, isso mesmo em casos excepçionaes, ás ambulancias destinadas aos hospitaes e estabelecimentos municipaes, bem como ao pessoal que as acompanhe.

Dos principios geraes — porque a propria natureza e a extensão do direito de propriedade não tolerariam que outrem sinão a Companhia, e por ella os passageiros e os carregadores de seus carros, fizessem uso de qualquer especie do material pertencente á mesma Companhia, sua propriedade, parte do seu capital.

Si os proprios passageiros e carregadores, para se utilizarem das linhas de tracção das companhias de tramways, pagam passagem e frete, fôra absurdo que se tolerasse o abuso de que falla a consulta.

Nem a servidão publica, estabelecida nas ruas e praças em utilidade commum, póde modificar esta conclusão. — Léon Aucoc — *Conférences sur le Dr. Admin.*, Liv. 3º, tits. 3º e 5º.

O dominio do solo é do Estado ou do Municipio; seu uso é do publico; mas a propriedade e, portanto, o uso e gozo dos trilhos é da Companhia, consoante os fins da propria industria que ella explora. Ninguém tem o direito de lhe estragar a propriedade. Pois si a propria Municipalidade, para os fins da citada clausula XXVIII do contrato, teve de convencionar nos termos ali expostos, como permittir que outrem faça uso, em proveito proprio e damno da Companhia, dos trilhos que ella comprou precisamente para cumprir o contracto?

//

Para impedir o denunciado abuso, e uma vez que a Municipalidade não satisfez a clausula XIX já citada, tem sempre a Companhia o direito de invocar o interdicto prohibitorio de que falla a ord. liv. 3º tit. 78 § 5º.

A posse da Companhia sobre toda a linha ou rêde de seus trilhos tem sido reiteradamente turbada e está sempre sob a imminencia de turbações futuras; pode-se mesmo affirmar que se trata de uma turbação permanente e continua. — Lafayette, *Dir. das Cousas*, § 21 nt. 1ª.

E' perfeitamente o caso da acção de força turbativa; e *força nova*, pois a continuidade da turbação faz com que cada acto turbativo possa ser tido como a *ratio agendi* ou causa occasional do remedio a pedir, de modo que não se passou ainda o lapso de anno e dia depois da ultima turbação — Ord. liv. 3º tit. 48 pr.

E porque seria muito gravoso, sinão impraticavel, propôr tantas acções quantos fossem pessoalmente os turbadores ou forçadores, penso que cabe o procedimento a que se allude no quesito, isto é, accionar os proprietarios dos carrinhos que se utilizam dos trilhos da Companhia. E ainda por que, consoante o principio informativo do processo em geral, referido no § 5º ns. III e IV da nossa *Theoria do Processo*, se póde facilitar mais a effectividade do direito da Companhia, penso tambem que é o caso de applicar a providencia que dos arts. 5º e 6º do Cod. Proc. civ. portuguez (vêde a citada *Theoria* § 26 e suas notas) veio para o art. 46 da lei federal n. 221 de 20 de Novembro de 1894.

Cabe perfeitamente a accumulção de taes acções.

Nem se objecte com ser federal esta lei, porquanto nada impede que se generalizem os seus principios geraes quando conformes á razão e ás leis dos povos cultos.

### ///

Sem duvida que sim. As municipalidades quando contractam agem como pessoas juridicas de ordem privada. Precisamente assim é, quando, em seus contractos, provêm a serviços publicos, dentre os quaes fazem os escriptores especial menção dos relativos aos omnibus e tramways — Giorgio Giorgi — *Delle Persone Giuridiche*, vol. 4º, ns. 156 e 157.

Isto posto, ficam ellas sujeitas *more privato* aos principios e regras do direito civil das obrigações contractuaes.

Logo, tendo a Prefeitura assumido a obrigação perfeita constante da citada clausula XIX do seu contracto com a Companhia, do respectivo inimplemento lhe importa juridicamente a nova e consequential obrigação de satisfazer os prejuizos e damnos que já causou e fôr causando — citado Giorgio Giorgi, loc. Cit., n. 208 e seguintes — *Teoria delle obbligazioni*, vol. 5º *passim*.

E' o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 23 de Novembro de 1902.*

### **LXXXIX**

— O direito das Municipalidades de deliberarem *por si sobre servidões, estradas e caminhos do municipio* só comprehende bens municipaes.

— Não pode se referir a caminhos pertencentes a particulares, e por estes abertos para uso seu, communicando duas ou mais fazendas entre si.

### **Pergunta-se**

Podem as Camaras Municipaes, em vista do art. 53 n. 2º da L. n. 16 de 13 de Novembro de 1891, deliberar sobre uma estrada ou caminho que, dentro do municipio, dous fazendeiros abriram em terras suas para facilmente se communicarem as suas fazendas?

### **Resposta**

A antiga divisão das estradas em *geraes, provinciaes e municipaes*, de que fallavam as Leis de 29 de Agosto de 1829 e Res. n. 353 de 12 de Julho de 1845, quanto ás primeiras, de 20 de Outubro de 1823 art. 24 § 5º, 3 de Outubro de 1834 arts. 5 e 12 e Acto Addicional, art. 10 § 8º, quanto ás segundas, e do 1º de Outubro de 1828, arts. 41 e 66 § 6º, e Ords. Liv. 1 tit. 66 § 2º e tit. 69 § 1º, quanto ás terceiras, mantem-se, com as modificações trazidas pelo regimen politico actual.

Pertencem á União, e por isso se chamam *geraes* ou *federaes*, as estradas que forem indispensaveis á defesa das fronteiras, fortificações, construcções militares e estradas de ferro federaes — Const. de 24 de Fevereiro, art. 64; no territorio dos Estados as estradas se dividem em *estaduaes* propriamente ditas e *municipaes*, segundo a propriedade dellas fôr do Estado ou do Municipio.

Deixando de parte as estradas federaes, de que ora não se trata, temos que o caracter juridico das estradas estaduaes e das municipaes é este, ainda consoante a distincção que fazia o direito romano: ou pertencem em tudo ao Estado ou ao Municipio ou destes é somente a propriedade núa e o uso e goso é do publico — Vid. Trigo de Loureiro, *Dir. Civ.*, § 262.

O Estado ou o Municipio apparece como pessoa juridica, possuindo bens ou exclusivamente seus ou desmembrando delles o uso e goso para proveito dos estaduanos ou dos municipes. *Bens patrimoniales* e *bens de uso publico*, ou melhor, como bellamente o demonstra Giorgio Giorgi na sua monumental *Dottrina delle persone giuridiche*, vol. IV, n. 63, *bens de dominio publico*. Tal é a synthese juridica cuja orthodoxia resolve a questão proposta.

Como pessoa juridica não pode o Estado ou o Municipio ter, sobre qualquer especie de taes bens, maior extensão de direitos do que qualquer individuo sobre a sua propriedade. Este é um dos dogmas juridicos das sociedades democraticas modernas — cit. G. Giorgi, vols. 1º e 3º *passim*.

### **Isto posto:**

evidente é que o Município sómente pode legislar sobre bens municipaes, qualquer que seja a especie delles, do mesmo modo por que o individuo só pode exercer a sua actividade juridica sobre os bens que lhe são proprios.

*Logo,*

quando a L. n. 16 de 13 de Novembro de 1891 dispõe que as municipalidades *deliberarão por si sobre servidões, estradas e caminhos dentro do municipio*, claro é que só teve em vista, porque mais não podia, bens municipaes. E, pois, si os *caminhos* a que se refere a consulta pertencem a particulares exclusivamente, e por estes foram abertos para uso seu, communicando duas ou mais fazendas entre si, sobre elles nada podem legislar as municipalidades.

Tal o meu parecer, *sub censura*.

### XC

— O depositario publico não é obrigado a accionar, dentro do anno do protesto, os responsaveis pelas letras de cambio ou da terra recolhidas ao deposito.

Dispõe o art. 382 Cod. Com. que o portador da letra de cambio devidamente protestada por falta de pagamento, que fôr omisso em accionar a mesma letra dentro de um anno a contar da data do protesto, sendo passada dentro do paiz, perderá todo o seu direito contra os endossadores.

Em execução de sentença que lhe movia Sancho, deu Martinho em penhora uma letra da terra endossada e devidamente protestada, a qual foi recolhida ao deposito publico.

Anno e meio depois, tendo essa letra sido arrematada em hasta publica, por ella o arrematante accionou o endossador; mas oppondo este em defesa a regra transcripta do citado art. 382, foi a acção julgada improcedente, passando em julgado a respectiva sentença.

Em vista disto, o dito arrematante, hoje portador da letra, pretende responsabilizar o depositario publico pela omissão que liberou aquelle endossador.

### Pergunta-se:

— Estava o depositario, sob pena de responsabilidade, obrigado a accionar a dita letra?

### Resposta

Peremptoriamente respondo pela negativa.

Não sómente não ha lei que a isso obrigue os depositarios publicos, e ninguem é obrigado a praticar acto algum sinão em virtude de lei — Const. Federal, art. 72 § 1º; Const. de S. Paulo, art. 57 § 1º — como parece certo que para tanto lhes fallece poder ou faculdade.

Que não ha lei expressa se vê da mesma analogia por virtude da qual se faz corrente que áquelles funcçionarios incumbem os mesmos deveres assignados aos depositarios judiciaes, quer dizer, a obrigação de praticarem todos os actos tendentes á boa guarda e conservação das coisas depositadas e que se comprehendem nas faculdades dos simples detentores, dentre os quaes actos interessa aqui apontar o protesto de letras e os remedios legaes para interromper a prescripção de titulos.

Isto mesmo não se contem em disposição expressa de lei, sinão na doutrina de avisos, como, v. g., nos do 1º de Abril de 1867 e de 14 de Outubro de 1874; e tanto é certo não haver lei positiva, que na mesma consulta da secção de Justiça do Conselho d'Estado de 27 de Julho de 1874 (vid. *O Direito*, vol. 10, pag. 175), sobre a qual se fundou o ultimo daquelles avisos, assim o disseram o administrador da Recebedoria das rendas geraes do Recife e o Procurador da Corôa da Relação de Pernambuco, e foi só por argumentos deduzidos dos principios geraes que a secção de Justiça, sendo relator o eminente Nabuco, opinou no sentido daquella pretendida obrigação. E d'esta arte ficaram os depositarios equiparados aos *simples detentores*, de que falla o art. 387 Cod. Com.



Mas dahi a ter a faculdade de *accionar* vai distancia enorme, equivalente a que separa o mero detentor do proprietario.

E eis porque dissemos fallecer nos depositarios publicos faculdade para promoverem a acção de que falla o art. 382 citado. Simples guardas dos bens e valores depositados, no dizer do art. 155 do Dec estadual n. 123 de 10 de Novembro de 1892, assento na materia, não vejo que lhes assistisse qualidade juridica para virem a juizo pedir a declaração de um direito a que são de todo extranhos, e de cujo titular não são representantes — vid. nossa *Theoria do Processo*, § 19. O devedor do titulo opporia proficuamente a excepção de illegitimidade de parte.

### **Portanto,**

sou de parecer que os depositarios publicos não são obrigados a accionar, nem o podem fazer, os responsaveis pelas letras de cambio ou da terra recolhidas ao deposito.

### **XCI**

— Acção combinada das autoridades municipal e policial no serviço da inspecção dos theatros publicos.

— Funcção de cada uma dellas.

### **Parecer**

A questão é interessante e difficil, porque sempre o é toda questão ligada á competencia dos poderes publicos; difficil, porque nada o é mais do que a determinação casuistica das funcções de certa autoridade.

E avoluma-se a dificuldade da presente questão, já que salta aos olhos, que nem a autonomia das municipalidades, no ponto sujeito, deve ter absorvido a acção inteira da policia, nem esta pode ser tão ampla que torne aquella um simulacro, para ludibrio da mais democratica das nossas modernas leis. Cada qual dessas instituições tem vida e funcções

proprias — ambas interferem no assumpto de que se trata, mas sem se confundirem nem se chocarem. E si nos houvessem pedido simplesmente uma synthese, á pergunta — Que coisas, em assumpto de theatros e divertimentos publicos, competem ás Camaras Municipaes? que coisas á policia? — diriamos: A'quella, tudo quanto não se referir directa e immediatamente á manutenção da ordem publica; á policia, isto, e só isto.

Mas frizemos as competencias. Antes de tudo, não póde ser objecto de duvida a constitucionalidade da recente lei municipal n. 252 de 2 de Julho corrente, pois assenta logicamente nos artigos 53, ns. 9 e 92 da lei n. 16 de 13 de Novembro de 1891, a qual geneticamente se enlaça no art. 53 n. 5º da Constituição do Estado. Mas, demonstrada a legitimidade daquelle acto municipal, forçoso é concluir pela insubsistencia das disposições das leis anteriores que, figurando na lei nova, estejam revestidas de fórma differente, ou que, firmando competencias, tenham-n'as commettido a autoridade diversa.

Assim deve ser, indubitavelmente, com as disposições da Lei de 3 de Dezembro de 1841 e do Regulamento n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, relativas á inspecção e policiamento dos theatros e divertimentos publicos, pois que, em boa hermeneutica, não se pode admittir a co-existencia integral das duas legislações; e como a municipal é a posterior e aquella que melhor se adapta aos novos moldes constitucionaes, inquestionavel é a derogação da outra. Nem se diga que não ha lei expressa derogatoria daquelle parte da Lei de 3 de Dezembro e de seu regulamento. Não é só expressamente que as leis se abrogam ou derogam: basta que haja incompatibilidade entre duas leis para que a nova revogue ou derogue a anterior. — *Posteriores leges ad priores pertinent nisi contrarioe sint* — fr. 28 de leg. (1, 3). Ora, algumas das attribuições conferidas á policia por aquellas leis de 1841 e 1842 não podem co-existir com algumas das que são dadas ás Camaras Municipaes pelas leis ora em vigor.

Perenne conflictio seria o *modus vivendi* das duas instituições.

Portanto, ou ha de ser assim ou teremos de repetir com Juliano: *Non omnium, quoe à majoribus constituía sunt, ratio reddi potest — 20 eod.*

Tal como, com a Lei de 3 de Dezembro, alluíram as funções meramente policiaes que a Lei do 1º de Outubro de 1828 impunha ás Camaras Municipaes, assim tambem a nossa Lei n. 16 de 1891 derogou a de 1841. Como disse Portalis: *Le pouvoir législatif est la toute-puissance humaine. La loi établit, change, modifie, perfectionne; elle détruit ce qui est, elle crée ce qui n'est pas encore.*

Isto posto, bastaria accentuar os pontos de discriminação que a sciencia juridica, alliada á sciencia da politica, assignala entre as municipalidades e a policia, para que a resposta viesse, naturalmente, traduzida na mesma synthese acima formulada, si a mesma lei municipal n. 252 não tivesse definido casuisticamente as attribuições da Camara, pelo Intendente de Policia e Hygiene, no assumpto em questão. Estas attribuições, porque a lei as confere á Camara, perdeu-as a policia, que por isso mesmo só conserva aquellas que enquadram na indole de sua propria instituição, a saber; — manter a ordem nos theatros, espectaculos e divertimentos publicos — e isso pela mesma razão porque lhe incumbe igual dever nas ruas, nas estações dos caminhos de ferro, nos passeios publicos, ou onde quer que se dê reunião de pessoas.

Demais, a nova lei n. 252 se amolda perfeitamente á indole das municipalidades, essas unicas instituições que sempre, no dizer de Alexandre Herculano (*Historia de Portugal*, vol. 4º, pag. 19), escaparam em todas as convulsões politicas, e é mesmo em muitos pontos fiel reflexo de leis ou codigos municipaes norte-americanos. — Vid. Carlier, *La République Americaine*, vol. 3º, pag. 360. O *police power* ali exercido por muitas municipalidades é delegação do Estado, e si não raro comprehende materias que entre nós ainda estão no quadro da policia propriamente dita, outras figuram que são hoje da esphera municipal, como a hygiene,

mercados, posturas sobre generos inflammaveis, e outras. E para nos limitarmos ao assumpto que nos occupa — inspecção e policiamento dos theatros e espectaculos publicos — vemos, por exemplo, o Codigo Municipal de Chicago contendo varias disposições da nossa lei n. 252.

Assim: Estatutos de 23 de Abril de 1875, art. V:

*Forty-first. — To license, tax, regulate, suppress and prohibit theatricals and olher exhibitions, shows and amusements, and to revoke such license at pleasure.*

*Fifty-eighth — To regulate places of amusement.*

Acto de 28 de Março de 1874:

*323. Doors to open outwards, operas, theatres.*

*Provisions of the former charter of the city of Chicago. Clapt. IV. The common council. Its powers and duties.*

*434. Eleventh — To license, tax, regulate and suppress hawkers and peddlers.*

*439. Eleventh. To declare that it shall be unlawful any hall, theatre, opera-house, church, school-house, or building of any kind whatsoever, to be used for the assemblage of people, unless the same is provided whith ample means for the safe and speedy egress of the persons therein assembled, in case of alarm.*

*— Ordinances of the city of Chicago.*

*919. The owner or lessee of every licensed theatre, hall, or other building, shall post and maintain during the period of his license, in some conspicuous place near the main entrance, a printed certificate, properly framed, showing the class of entertainments for which said theatre or hall is licensed; its seating capacity; the number of exits, and*

*size of each; and the number of aisles in each circle, which said certificate shall be signed by the fire marshal; and shall also state, if such be the fact, that he has personally examined said building, and considers it safe.*

Iriamos longe si não nos detivessemos nesta transcrição; accrescentaremos apenas que as mesmas ordenanças ainda dispõem sobre o numero e capacidade dos logares e assentos destinados ao publico (art. 1.125), numero e posição das portas de sahida — (art. 1.117), qualidade dos assoalhos, que devem ser á prova de fogo (1.119), divisão das salas e corredores (1.120), ventilladores (1.125), etc., etc.

E para concluir, mostrando mais nitidamente qual a competencia exclusiva da municipalidade e suas relações com a força policial, transcrevemos os dois seguintes artigos:

1114. *Every theatre, opera-house, hall, church or other building intended to be used for public assemblages, shall be deemed a public hall within the meaning of this ordinance.*

925. *It shall be the duty of all members of the police force to see that the foregoing provisionis in section 923 (sobre estarem desembaraçados de coisas extranhas os logares destinados ao publico durante as representações ou divertimentos) are strictly observed, and in case of any violation thereof, forthwith to proceed to clean any obstructed aisle, passage-way, or lobby, and to arrest the offender or offenders.*

Não se dê a policia, portanto, como depauperada de força e prestigio com a nova lei municipal: sua missão é sempre das mais elevadas, qual a de manter a ordem publica e prender os transgressores della. E si alguma coisa mais lhe pedissemos agora, seria que prestasse seu valoroso braço á Camara Municipal para que esta cada vez mais alargue a esphera das suas attribuições.

*S. Paulo, 21 de Julho de 1896.*

## XCII

— Livros importados do estrangeiro, ainda que por via postal, estão sujeitos a direitos aduaneiros.

### Consulta

*Os livros brochados ou encadernados, importados do estrangeiro, estão sujeitos a direitos aduaneiros, ainda quando transportados pelo correio?*

### Resposta:

A affirmativa não é susceptível de duvida a respeito dos livros que entrem na Republica por intermedio do correio de qualquer paiz extranho á Convenção Postal de Washington, de 15 de Junho de 1897, que revisando a de Vienna, de 14 de Julho de 1891, hoje regula as relações postaes internacionaes. E o não é, porque o dec. n.º 2743 de 17 de Dezembro de 1897, que manda executar em todas as Alfandegas e Mesas de Rendas da Republica a tarifa de direitos aduaneiros, expressamente sujeita a esse imposto os livros impressos, brochados ou encadernados (n.º 607), mappas ou cartas geographicas, hydrograhicas, e semelhantes, encadernadas, brochadas, em papel ou avulsas (n.º 609), musicas brochadas, encadernadas ou avulsas, (n.º 610), obras impressas ou lithographadas, facturas, notas, conhecimentos, etc., etc. em avulsos, brochados ou encadernados (n.º 611).

Si a entrada destas mercadorias, vindas de taes procedencias, pudesse ser feita no paiz por via postal, livre de direitos aduaneiros, grosseira fôra a burlaria da lei, com patente prejuizo do fisco.

O correio estrangeiro não podia dispensar na lei nacional.

Mas porque os paizes comprehendidos na União Postal, exercendo, por seus legitimos representantes, habilmente investidos de poderes suficientes, acto de soberania, convieram em regular a circulação

universal dos livros, e outras mercadorias consistentes em papel e varias das suas applicações, de modo especial, reduzindo consideravelmente a taxa do sello postal para de tal modo facilitar a diffusão desses agentes do adiantamento intellectual dos povos; porque assim crearam direito particularmente applicavel a determinada classe de relações internacionaes, poder-se-á entrar em duvida sobre saber si aquella affirmativa tambem cabe nos casos em que a importação se faça pelo correio de algum dos alludidos paizes.

A nosso ver ainda aqui a affirmativa é indiscutivel, em vista das duas seguintes disposições da Convenção de Washington, já comprehendidas na de Vienna.

Diz o art. 16 n. 3: "E' prohibido: ... 2º Inserir nas correspondencias ordinarias ou registradas (*scilicet*, introduzir, e portanto, reciprocamente, expedir pelo correio) *objectos sujeitos a direitos aduaneiros*."

Daqui já se vê, que todos e quaesquer favores que, em suas relações postaes, entre si outorgaram os paizes convencionarios, ficaram expressamente limitados por aquella explicita restricção. No paiz em que taes mercadorias pagam direitos de entrada, não podem estas gosar dos favores postaes.

E como si não bastasse a precisão com que aquelle artigo foi redigido, ainda o art. 21 dispôz assim: "A presente convenção não altera a legislação de cada paiz na parte que não está prevista pelas estipulações nella contidas."

Logo, si a Convenção Postal não declara explicitamente que a tarifa das Alfandegas não seja applicada, quanto a taes mercadorias, aos productos entrados dos paizes convencionados, segue-se que naquella parte ficou inalterada a mesma tarifa.

Esta razão crescerá de valor si por ventura o governo, nos poderes que legislativamente lhe foram outorgados para celebrar a citada Convenção, não os tinha expressos para dispensar nos direitos aduaneiros. Neste caso fôra de todo incivil isentar os livros de taes direitos, pois tanto importaria dispensar na lei de receita, o que escapa indiscutivelmente do poder governamental.

— Os livros, importados do estrangeiro, pagam direitos aduaneiros, posto que sejam transportados por via postal — tal é, portanto, a conclusão unica verdadeira diante da lei, cujos executores não pódem nem devem nella dispensar, por melhores que sejam as razões em contrario — que são muitas e procedentes, todas enfeixadas nesta sentença de Plinio, o moço: — *Nullus est liber tam malus, ut non aliqua parte prosit.*

Este é o meu parecer, salvo melhor.

*S. Paulo, 21 de Março de 1889.*

---



## QUINTA PARTE

---

### DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

---

#### XCIII

1º) As questões de direito internacional privado são de pura controversia.

2º) A grande naturalização faz perder a patria de origem.

3º) Salvo quanto á mulher e filhos si estes continuaram a residir na patria que o chefe perdeu pela naturalização.

#### Consulta

Pedro Mascagni, natural da Italia, reside no Brazil desde 1860. Casado, deixou na Italia a mulher, que nunca veio ao Brazil, e que morreu, sem filhos, no dia 4 de Março de 1886.

Não consta que Pedro se houvesse naturalizado antes da Lei da grande naturalização; é certo, porém, que agora é eleitor e jurado. Em 1889 foi nomeado, pelo governo provisorio, intendente municipal.

Fez sempre commercio de terras e casas; mas nunca sua mulher interveiu em taes operações.

Antes da morte desta já era proprietario de immoveis. Por morte della não fez inventario.

#### Pergunta-se

Tinha a mulher algum direito sobre os immoveis de Pedro?

Vendendo immoveis, devia Pedro obter o consentimento della?

Que direitos têm os herdeiros da mulher de Pedro?

### Resposta

A questão é de pura controversia, como são todas as questões de direito internacional privado, a despeito de haverem alguns codigos, como o civil italiano, disposto expressamente sobre o direito dos chamados estatutos. E penso assim por ser a territorialidade caracteristico do direito privado.

Portanto, a resposta que passo a dar é toda opinativa.

Não parece duvidoso haver Pedro perdido a nacionalidade italiana: expresso é o art. II ns. 2 e 3 do Cod. Civil italiano: *"La cittadinanza si perde: — Da colui che abbia ottenuto la cittadinanza in paese estero (e Pedro obteve, pela lei n. 28 A de 4 de Dezembro de 1889, a qualidade de cidadão brasileiro), ou da colui che, senza permissione del governo, abbia accettato impiego da un governo estero (e Pedro está neste caso)."*

Tambem parece melhor a opinião daquelles que ligam á grande naturalização o effeito de naturalizar, não sómente o pai, mas *a familia* — Laurent, *Dr. Civ. intern.*, vol. 3º n. 191. "O emigrante, ensina o profundo civilista, se expatria com sua familia; mulher e filhos deixam a patria de origem para adquirir nova patria, e só o facto do seu estabelecimento lhes deve assegurar uma patria, já que nenhuma duvida deve restar de sua intenção, e o Estado em que se fixam tem interesse em nacionalizal-os. Si as leis exigem uma condição é unicamente a da residencia durante alguns annos; ora, a mulher e os filhos partilham a residencia do chefe da familia; é mais a familia que se naturaliza do que o pai."

Ora, foi justamente consagrando esta lição, que o Cod. Civ. Ital. no cit. art. 11, assim dispõe: *"La moglie ed i figlie minori di colui che ha perduto la cittadinanza divengono stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno."*

Portanto, na *hypothese*, Maria nunca deixou de ser italiana e então o direito dos herdeiros della ao patrimonio de Pedro não deve abranger mais do que abrangeria si este ainda fôsse cidadão italiano, isto é, só pode comprehender *gli beni utili*, de que falla o art. 1433 Cod. civ. italiano, combinado com os arts. 1435 e 1436.

E' o meu parecer.

*Fevereiro de 96.*

### **XCIV**

1º A capacidade civil dos celebrantes de qualquer acto de direito privado se determina pela respectiva lei nacional.

2º Assim, não privando a lei austriaca o marido do direito de alhear immoveis sem outorga da mulher, póde *hypothecal*-os independentemente de exhibir procuração della.

### **Consulta**

Certo austriaco, casado em seu paiz pelo regimen da separação e na fórmula propria da lei nacional, possui no Brazil uma fazenda agricola. Pretendendo levantar um emprestimo, precisa *hypothecal*-a. Exige o mutuante outorga ou procuração da mulher do mutuario.

Este, porém, visto estar a mulher na Austria e urgir consummar o emprestimo, oppõe ser dispensavel aquella formalidade, visto que, pela lei austriaca, a mulher não tem parte naquella propriedade.

*Quid juris?*

### **Resposta**

A questão proposta, só com entrar no quadro do direito internacional privado, não póde ter solução peremptoria, sinão, e em rigor, opinativa. Pelo que, deixo aqui apenas a solução que melhor me

parece corresponder aos principios assentados entre os escriptores mais acreditados e mais em voga.

E começarei fazendo notar que taes principios, só porque são, na phrase de M. de Bar, *principios directores* do direito internacional, *devem* constituir, entre os governos dos povos civilizados, materia de applicação obrigatoria. Quer dizer: que esses principios universaes de direito devem ser pelas autoridades territoriaes, tão rigorosamente applicados, quando dominem determinada hypothese, como si constituissem direito positivo nacional.

E' a doutrina de Savigny (*Dr. Rom.*, §§ 348 e 360) modernamente preconizada por quantos vêm, na communhão internacional do direito, o traço mais nitido da civilização.

E' assim que Westlak, *apud* Asser, *Dr. Int. priv.*, § 5º, define o direito internacional privado nos seguintes termos: "*Private International law is that department of national law which arises from the fact that there are in the world different territorial jurisdictions possessing different laws.*" Eis ahi: o direito internacional privado é um ramo do direito nacional.

E' ainda por isso que a autoridade scientifica de um Bar, § 32, de um Laurent, *Dr. civ. int.*, II, 263, de um Wharton, § 1º, e de outros, fez consagrar modernamente a doutrina segundo a qual deve qualquer juiz resolver segundo a lei que lhe parecer applicavel, seja nacional seja estrangeira.

Ora, fóra do realismo anglo-americano, corre sem opposição o principio que vê no chamado *estatuto pessoal* a lei formadora e definidora do estado e capacidade civil. Diz-se activa ou passivamente capaz o sujeito do direito ou da obrigação quando actua nas condições da sua lei nacional — assim se exprimem Demangeat e de Lapradelle. Em tal relação, a lei nacional segue o individuo por onde elle passe; domina-lhe a

actividade juridica onde quer que elle esteja — Savigny, § 232; Foelix, § 30-33; Brocher, 52-57; Flore, 40-51; Laurent, II, 53, etc., etc.

---

Mas tambem parece fóra de duvida que as relações e regras concernentes ao direito de familia, entre as quaes se comprehendem todas as que dominam a condição juridica de cada membro da familia, determinando si cada qual é ou não capaz e em que medida o é para praticar actos juridicos, e as que se referem ao regimen economico da sociedade conjugal, são reguladas pelo estatuto pessoal — cit. Asser, n. 18 — sem distincção entre coisas moveis e immoveis ou entre direitos pessoaes e reaes ou entre a incapacidade geral e as incapacidades especiaes, relativas a determinados actos — Savigny §§ 362, 364 e 367.

---

E' tambem corrente que a regra *locus regit actum* ou *forma dat esse rei*, universalmente acceita, recebe, no direito civil internacional, certas distincções, tambem de curso universal. Taes distincções, baseadas na conhecidissima divisão que Merlin faz das solemnidades e formalidades dos actos juridicos em *habilitantes*, *intrinsecas*, *extrinsecas* e *de execução*, (*Répert.*, *Loi*, § 6), se formaram, quanto ao ponto que concretamente nos occupa, no sentido de incluir entre as *habilitantes* as relativas á capacidade de contractar, e portanto, de as forrar da acção de lei local para as definir segundo a lei do agente do acto. E' por isso que alguns escriptores dizem que taes formalidades não são formalidades *propriamente ditas*, e, consequentemente, as subtrahem da alludida regra que somente se applica ás formalidades extrinsecas e de execução — cit. Asser, n. 27.

Postos estes principios, resta firmar, para ir direito á solução da divida, qual é a lei que deve reger a situação juridica dos bens entre os esposos em questão, dada a circumstancia de estar o marido no Brazil e estar aqui situado o immovel que elle pretende hypothecar.

Para nós é fóra de duvida que essa é a lei austriaca, já por ser a nacional dos conjugues, já por ter sido a do logar do casamento, e, portanto, a do primeiro domicilio conjugal — sendo, como é, indifferente que o marido tenha posteriormente mudado de domicilio, si é que effectivamente mudou — Savigny, § 379. O patrimonio conjugal, quaesquer que sejam os respectivos elementos, é regulado pelo estatuto pessoal — Esperson, *Il princ. della nazione.*, p. 251; Fiore, 325 e segs.

Mas si assim deve ser, só ha que vêr qual é o direito austriaco, a respeito dos direitos do marido sobre os immoveis que possue.

Ora, ao envez do nosso, aquelle direito, mesmo no regimen da communhão, não priva o marido da faculdade de alienar os immoveis, e, portanto, hypothecal-os, sem outorga da mulher, visto como, pelo art. 1234 do Cod. Civ., “a communhão, em geral, não se entende sinão para o caso de morte; não tem outro effeito sinão o de conferir a propriedade da metade dos bens communs *ao conjuge sobrevivente* —” St. Joseph, *Concord.*, 1º vol., p. 142.

Portanto, si apenas sobre a metade dos bens que existirem ao tempo da morte do marido, é que a mulher adquirirá direito, nenhum direito teria actualmente ella sobre o immovel em questão mesmo na hypothese de ser o da communhão o regimen do respectivo casamento.

Portanto ainda, e *a fortiori*, completa é a capacidade dispositiva do marido, uma vez que este regimen é o da separação. Si a necessidade da outorga da mulher tem por causa juridica o seu direito de communheira, nem outro pode ter, tal necessidade logicamente desaparece desde que ella não tem parcella alguma de dominio no immovel.

Assim, e resumindo a controversia em breve synthese syllogistica:

A capacidade civil dos outorgantes ou outorgados de qualquer acto juridico se determina pela lei nacional de cada qual delles;

Ora, pela lei austriaca, F. é plenamente capaz de outorgar a hypotheca de immovel seu, independentemente de outorga de sua mulher;

Logo, não tem razão de ser juridica a exigencia de procuração della.

15—7—01.

### **XCV**

— A lei nacional do marido é a que regula o casamento, quer quanto á capacidade dos contrahentes, quer quanto ao regimen dos bens.

José, cidadão italiano, casou-se com Maria, italiana de origem, filha de Pedro, tambem italiano, mas naturalizado; brasileiro quando Maria era ainda menor.

Ao casamento de José com Maria não precedeu contracto algum.

### **Pergunta-se:**

Por morte de Maria, que falleceu sem descendentes, é José obrigado a dar aos herdeiros della metade dos bens que trouxe ao casal e dos que adquiriu depois?

---

A' questão me parece de todo indifferente a circumstancia a que se allude na proposta: ser italiana de origem a mulher de José, e filha de italiano naturalizado brasileiro ao tempo da menoridade della; e assim me parece porque, qualquer que fosse a nacionalidade da mulher, adquiriu ella a do marido.

Esta é a tendencia do direito moderno, consoante á vantagem de se conservar a unidade da familia em todas as relações juridicas — Laurent, *Droit civ. intern.*, vol. 3, n. 215; Asser., *Dr. intern. privé* § 14 n. 47; Weiss, *Man.*, p. 439 e seg. Si na sessão de Munich, do Instituto de Direito Internacional, havida em 1883, o principio generico da nacionalidade do marido, vencedor no Congresso de Oxford, quasi desaparecia envolto nas muitas excepções que lhe punham as conduções de Arntz e Westlake, mais tarde, na sessão de 1885, em Bruxellas, as conclusões de Brusa e von Bar deram de novo preponderancia á lei nacional do marido.

Isto posto, e sendo corrente que o regimen dos bens no casamento se regula pela lei nacional do marido, fóra de duvida é que a hypothese está sujeita á lei italiana — Fiore, *Dir. intern. priv.*, liv. II, cap. VII; Drummond, *Dir. intern.*, § 17; Pimenta Bueno, *Dir. intern. priv.*, n. 34 & &.

*Ora,*

segundo o direito italiano, o principio commum no regimen matrimonial é, quanto aos bens, o do art. 1433 Cod. civ., segundo o qual só ha communhão nos lucros (*utili*), e esta mesmo só existe quando contractada expressamente — Mazzoni, *Inst. di dir. civ. ital.*, IV, 209; Huc, *Le Cod. civ. ital. et le Cod. Nap.*, vol. 1º, pag. 264.

*Logo,*

não tendo precedido contracto algum ao casamento de José, os bens que elle então possuia e os que adquiriu depois, não se communicaram com os da mulher, e portanto, por morte desta não é elle obrigado a dar partilha aos parentes della.

Salvo melhor juizo.

*Março 1894.*



## XCVI

— Do fôro competente para abertura da fallencia de uma succursal de casa estabelecida em paiz estrangeiro.

— E' competente o fôro do logar da suspensão de pagamentos, qualquer que seja o domicilio do estabelecimento principal.

### Consulta

A firma G. W. & C<sup>a</sup>, estabelecida em Santos como succursal de igual firma com séde principal em Hamburgo, tendo-se-lhe requerido abertura de fallencia por falta de pagamento de obrigações contrahidas na praça de Santos, pretende ser incompetente este fôro, allegando que o fôro do domicilio social, quando ha succursaes, é sómente o do estabelecimento principal — e que, portanto, só em Hamburgo lhe pode ser aberta a fallencia.

### Pergunta-se

*Quid juris?*

### Resposta

Esta questão já foi por nós largamente estudada no agravo vindo de Santos, de Guye, Mattos & C<sup>a</sup> v. a Caixa Filial do Banco do Brazil. Nosso trabalho foi literalmente reproduzido na nt. 7 ao § 38 da *Theoria do Processo Civil e Commercial* (vol. 1<sup>o</sup>, pag. 177).

Para ali remetto o consultante, onde verá desenvolvidamente sustentada a seguinte these, que aqui deixo como resposta á consulta:

— O domicilio de uma sociedade commercial é não só o logar onde ella tem a sua séde principal, mas tambem o logar onde contracta com terceiros ou se considera presente para responder pelas respectivas obrigações.

*Logo,*

Competente é o fôro de Santos para a fallencia de que se trata.

*Junho, 99.*

## **XCVII**

- Efeitos da grande naturalização.
- No regimen dotal communicam-se os adquiridos.

### **Consulta**

Jacques Boudoussier e Seraphina Villaret de nacionalidade franceza, casaram-se em França sob o contrato adiante transcripto e lavrado em Montpellier, onde residiam. Pouco tempo depois de casados mudaram-se para o Brazil, indo residir na capital do Estado do Espirito Santo, onde, depois de 30 annos de residencia, falleceu Boudoussier, deixando um herdeiro maior e bens aquiridos na constancia do casamento a esforços de ambos os conjuges. Tem de se proceder ao inventario dos bens deixados por Boudoussier.

### **Pergunta-se**

*1º*

Qual a legislação que se deve applicar á hypothese: a brasileira ou a franceza, no caso de ter Boudoussier conservado a sua nacionalidade, e no de ter elle acceitado a grande naturalização estabelecida pelo Decreto n. 58-A de 14 de Dezembro de 1889?

*2º*

Nos termos restrictos do contracto, segundo qualquer daquellas duas legislações, os bens adquiridos na constancia do matrimonio se communicam á viuva?

### **Contracto ante-nupcial**

Le douze août mil huit cent quarante six, á Montpellier, par devant M. Vianès et son collègue, notaires au dit Montpellier, sous signées, ont comparu le sieur Jacques Boudoussier, cordonnier demeurant à Montpellier, fils légitime de sieur Pierre Boudoussier, décédé, et de Marguerite Vidal, survivante, demeurant á Montpellier rue des Etruves, d'une part; et demoiselle Seraphine Villaret, couturière, fille légitime de sieur Jean Villaret, homme de peine, et de dame Marguerite Capmas, tous demeurant á Montpellier, d'autre part. Lesquelles parties procédant savoir: le sieur Boudoussier en la presence et du consentement de sa mère, et la demoiselle Villa, ret en la presence et du consentement de ses père et mère ont promis de s'unir en mariage aux conditions suivantes:

#### *Article Premier*

Les futurs époux seront mariés sous le régime dotal.

#### *Article Deuxième*

La future épouse se constitue en dot de son chef, et du produit de son travail, la somme de quatre cents francs en la valeur d'un petit magasin de lingerie.

#### *Article Troisième*

Le sieur Villaret donne et constitue en dot à la future épouse, sa fille, la somme de quatre cents francs en la valeur de divers meubles. En conséquence la celebration du mariage ayant lieu, le futur époux deviendra debiteur envers sa future épouse de la somme totale de huit cent francs.

### *Article Quatrième*

Le donateur se reserve le retour de ce qu'il vient de donner en cas de prédécès de la future épouse et de ses descendants.

Dont acte fait et lu en l'étude M. Vianès... etc., etc.

### **Resposta**

A consulta se prende a uma das mais intrincadas questões do direito civil internacional; tão cheia de escabrosidades theoricas e praticas, que o celebre jurisconsulto Vander Muclen, conselheiro na Côte de Justiça do Brabante hollandez escreveu sobre ella a famosa dissertação conhecida pelo titulo de *Famosissima quoestio*. E a difficuldade avulta grossamente neste caso porque, sobre não constar de modo certo si Jacques Boudoussier effectivamente se naturalizou cidadão brasileiro, satisfazendo ás condições do Dec. n. 58-A de 1890, ou si, ao contrario, manteve a sua nacionalidade de origem e — a definitiva solução da duvida depende da resposta a esta pergunta: o *de cujus* era brasileiro ou francez? enfeixam-se na materia varias questões independentes, cada qual mais debatida, e por isso mesmo mais cheia de distincções e embaraços.

Assim:

I. A grande naturalização, como á especie consignada no citado Decreto chamam os escriptores, tem os mesmos effeitos da pessoal?

II. A naturalização do marido tambem muda a condição da mulher e dos filhos?

III. O regimen de bens na sociedade conjugal é regulado pelo estatuto pessoal ou pelo real?

IV. No regimen dotal se communicam, segundo o nosso direito, os adquiridos?

V. *Quid*, segundo o direito francez?

Mas simplesmente enunciar taes questões equivale á afirmação da impossibilidade de discutil-as em resposta a uma consulta, pois para tanto fôra preciso um volume.

Assim:

Quanto á 1ª, si para o eminente Laurent, o moderno *sacerdos magnus* do direito civil internacional, a grande naturalização collectiva equipara absolutamente o naturalizado ao nacional (*Dr. Civ. Intern.*, III, 184), para outros só a naturalização pessoal ou singular apaga a nacionalidade de origem. Escriptores ha que vão até contestar a existencia da grande naturalização; por exemplo — Demangeat a Faelix, *Dr. Intern. privé*, I, 29, not. a.

Quanto á 2ª — posto que o mesmo Laurent (vol. cit. n. 191) affirme que a tendencia é pela affirmativa, consoante a vantagem moral e juridica de conservar a unidade da familia em todas as relações, outras autoridades de nomeada — por ex.: Delvincourt, Duranton, Demante, Valette, Demangeat, etc., etc. (Faelix, obr. cit., I, 93 nt. a.), opinam negativamente, julgando violenta iniquidade dar ao marido o poder de forçar a mulher e os filhos a mudarem de patria.

Quanto á 3ª — de um lado o famoso Dumoulin se pronuncia nervosamente pelo pessoalismo, do outro, decide-se pelo realismo o não menos famoso D'Argentrée, e que chegou a insultar Dumoulin, de quem diz que escreveu mais como advogado e só por interesse da causa. Ha mais: Laurent (obr. cit., V, 185), e a meu ver, com melhor razão, ensina que o estatuto que regula o regimen dos bens no casamento não é nem pessoal, nem real.

Não sendo muito espalhada aquella obra de Laurent, damos aqui, resumidamente, a doutrina do famoso professor belga:

O estatuto que regula o regimen matrimonial não é nem real nem pessoal; porquanto, sendo um estatuto um costume ou uma lei que é imposta ás partes interessadas, esse não é o character do estatuto que rege os bens dos esposos, sinão o de plena liberdade, conforme o character essencial das convenções, e que o Cod. Napoleão assim formulou no art. 1387: "La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos."

Si pois o regimen matrimonial depende inteiramente da vontade das partes, a lei nada, absolutamente nada impõe a respeito. "As convenções matrimoniaes não são mais do que a expressão da vontade dos esposos, e esta vontade é soberana" eis as proprias palavras de Laurent, as quaes têm justa applicação entre nós, cujo direito, muito antes do Codice Napoleão, aquillo mesmo dispunha — Ords. Liv. 4º tit. 46 pr., tit. 60 e tit. 96 § 4º.

Quanto á 4ª — Si o grande Valasco (*Cons.* 103, n. 7) e Gama (*Dic.* 314, n. 4), e outros citados por Lafayette (*Dir. de familia*, § 82), adoptam o systema da communicabilidade, bastariam estar do lado opposto Pedro Barbosa (ad fr. 1º D. *de solut. matr.* n. 100) e Mello Freire (L. 2º tit. 8 § 10 not.) para dar á questão a maxima difficuldade.

Finalmente quanto á 5ª — em Piolet, *La communauté réduite aux acquets*, principalmente sobre os arts. 1498, 1499 e 1581 do Cod. Napoleão, achamol-a vivamente debatida.

Limitando-nos, pois, a indicar que as varias questões presas á materia da consulta são todas intrincadamente difficeis e vivamente debatidas, cumprimos um dever de honestidade profissional, arredando da nossa resposta qualquer pretensão a fixidez orthodoxa.

---

A these principal é a seguinte:

No casamento sob o regimen dotal, sem mais declaração a respeito, communicam-se os adquiridos?

Devemos distinguir entre o nosso direito e o francez, posto que o ponto de partida seja o mesmo em um e outro — isto é, por direito

patrio e pelo francez é inteiramente livre aos esposos regularem a sociedade dos bens como lhes aprouver, subentendendo-se a communhão quando nada dispuzerem a respeito — Ords. IV, 46 pr.; 48 pr.; 60 *in fin.*; 95 § 3º, 96 § 24; Valasco, *Cons.* 135 n. 3; Cod. Napoleão, art. 1400; Troplong, *Contr. de mariage*, n. 322 e seg.; Aubry & Rau sobre o § 638 de Zachariae, *Le dr. civ. Franc.*, etc., etc.

Mas quando os esposos, celebrando qualquer convenção excepcional do regimen commum, nada dispõem acerca dos bens futuros, *quid juris?*

Somos de parecer que, por direito patrio, taes bens se communicam. Os adversarios desta opinião (alem de Pedro Barbosa e Mello Freire, já citados — Pereira, Dec. 53, Guerreiro, Tr. II, Liv. VII e 1º, Corrêa Telles, *Dig. Port.*, II, 172, Coelho da Rocha, § 262, que cita falsamente a opinião de Mello, bem como a de Lobão a Mello. Liv. 2º, tit. 8º, § 10, n. 2, o qual é por nós) assim raciocinam:

a) Si é certo que a Ord. L. 4º tit. 46 manda subentender a communhão dos bens sempre que o casamento fôr contrahido fóra do regimen pacticio, não o é menos que manda observar o regimen pactuado; logo, pactuando os esposos o regimen dotal, explicitamente manifestaram a vontade de excluir o da communhão, e assim, só pelos principios que regem o direito dos dotes, deve o pacto antenupcial ser interpretado.

b) A Ord. L. 4º tit. 95 diz que, por morte do marido, fica a mulher em posse e cabeça do casal; mas accrescenta no § 3º: *E o que dito é, não haverá logar nos casamentos feitos por cartas de arrhas, SALVO EM AQUELLES BENS, EM QUE POR BEM E VIRTUDE DO CONTRACTO DEVEM SER MEEIROS O MARIDO E MULHER*; logo, não se mostrando do contracto quaes são estes bens, fica absolutamente excluída a communhão. São estas as palavras de Barbosa: *Inde in regno*

*Portugalioe in quo jus commune jubetur observari, non communicabitur, nisi id quod pacto fuerit expressum.*

c) Si esse é o direito romano ou commum, outro não nos pode servir de subsidiário... *et hoc est dispositio juris Romani II. 8, 11 Cod. de pactis convent., cui se conformare videntur conjuges, cui por dotem et arrhas, et ad illius formam nuptias contraxerunt.* — Mello Freire, loc. cit.

Porém, melhores nos parecem as razões dos propugnadores da nossa opinião, largamente defendida em Lobão, loc. cit., que além de Valasco e Gama, cita varios D. D., entre os quaes avulta Voet, *ad Pand.*, liv. 23, tit. 4, n. 28.

E em primeiro lugar, absolutamente não procede o argumento tirado do direito romano, cujos principios a este respeito differem profundamente dos que formam o systema do direito patrio. Neste ponto, um e outro são verdadeiros antipodas. Si por direito romano era licito aos esposos pactuarem o regimen que lhes aprouvesse com relação aos bens, salvo certas restricções e prohibições legaes, não tinha o casamento por si mesmo, como se exprime Maynz (§ 393), nenhuma influencia sobre os bens dos conjuges: cada qual conservava como proprio quanto possuia e como possuia.

“O direito romano, diz Arndts (*Lehrbuch der Pandekten*, § 394), parte, ao contrario, do principio — que os bens dos conjuges permanecem juridicamente separados, e que o matrimonio em nada altera o estado patrimonial delles.” Mas, si pela disposição expressa da nossa lei, o casamento só por si opera a communhão, salvo quando o contrario fôr pactuado, é bem de vêr que nenhum subsidio nos pode prestar o direito romano, segundo cujo genio só mediante pacto se dá a communhão. No direito romano a presumpção legal é pela separação dos patrimonios; no nosso, ao contrario, é pela communhão.



Logo, e eis o nosso segundo argumento, si os esposos nada pactuaram sobre os bens futuros, isto é, os adquiridos na constancia do casamento, o silencio sobre taes bens não pode deixar de ser havido sinão sob a influencia geral da presumpção *commum*. Entre o *systema* da separação ou o regimen dotal ou outra qualquer modalidade economico-conjugal e o da *communhão* dos adquiridos na constancia do casamento, não ha incompatibilidade alguma; portanto, si pactuando o regimen dotal, ou outro qualquer, os esposos nada dispuzeram sobre os adquiridos, é porque a respeito destes quizeram se sujeitar á presumpção da lei, isto é, á *communhão*. Vid. Valasco e Voet nos *log. cit.*

Em terceiro lugar, essa tem sido a praxe de julgar, que, interpretando doutrinalmente a lei, sanciona o costume geralmente observado — Valasco, *de Partition.*, cap. 6º, n. 37 *in fin.*: Pegas, 1º *For.*, cap. 8º, e 3º *For.*, cap. 36, n. 8.

Finalmente á nossa doutrina não se oppõe a Ord. L. 4º tit. 95 § 3º, pois, inversamente, esta lei admite, de modo explicito, que no casamento celebrado por dote e arrhas, se estipule a *communhão* em certos bens ou que, do silencio das partes, se infira tal *communhão* — Vide Lobão a Mello, *loc. cit.*

Com phrase feliz fecha Lafayette a nota IX dos *Direitos de Familia*, pag. 396: “A incommunicabilidade dos bens no casamento é uma excepção no nosso Direito; são-lhe pois applicaveis as palavras de Paulo: *Quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.*”

Mas no direito francez?

Lobão, *loc. cit.* n. 6º, diz que a legislação franceza *aptatis aptandis* comprova a doutrina de communicabilidade, e assim lhe parece porque, determinando o art. 1400 do Cod. Civ. que os matrimonios simplesmente contrahidos se subentendam celebrados sob o regimen da

communhão, e o art. 1393, que em falta de estipulações especiaes, que deroguem ou modifiquem aquelle regimen, se observem as regras do art. 1399 e seguintes, é uma destas a que segue — que em falta de pacto expresso se communicam não só os fructos e rendimentos dos bens dos esposos, mas todos os bens de raiz que se adquirem durante o matrimonio.

Coelho da Rocha, porém (§ 272 not. *in fine*), assim opina: “No Cod. Civ. fr., bem como no da Hollanda, a communicação só tem lugar quando convencionada.”

Parece-nos que Rocha tem razão, em vista do art. 1581: “*En se soumettant au régime dotal, les époux peuvent néanmoins, stipuler une société d’acquets*”. Logo, em falta de estipulação, devem reger os principios do regimen dotal.

Assim pensa a maioria dos civilistas francezes, doutrinando que, do regimen da incommunicabilidade, qualquer modificação ou temperamento deve ser expressamente pactuado — Piolet, obr. cit., 2ª parte — *De la société d’acquets jointe au régime dotal*; Zachariae, § 655.

“Tous les biens qui ne rentrent pas dans la société d’acquets sont soumis au régime dotal et à toutes les règles qui en decoulent habituellement” — tal é a these fundamental daquelle apreciado monographista — pag. 162 — Vide ainda Dalloz, *Répert.*, vb. *Contrat de mariage*, n. 4272.

---

Isto posto, a resposta ultima vem naturalmente: si Boudoussier se naturalizou brasileiro, tacitamente que fosse, os bens que adquiriu no casamento se communicaram com a mulher; no caso contrario, não.

Devo ainda ponderar que, segundo o art. 17 do Cod. Napoleão, perde a qualidade de francez aquelle que se estabelece em

paiz estrangeiro, sem animo de voltar á França, salvo si o estabelecimento fôr commercial.

Portanto, salvo esta ultima hypothese, a residencia por 30 annos no Brazil devia importar a perda da nacionalidade franceza, e, consequentemente, a aquisição da brasileira.

*Março 1894.*

---

## SEXTA PARTE

---

### MEDICINA LEGAL

---

#### XCVIII

— Extensão da incapacidade do monomaniaco para os actos da vida civil.

#### Consulta

F. trata de associar-se ao proprietario de uma grande fazenda, que lhe transferirá metade della, visto não poder manter-se com os compromissos que o oneram.

A mulher deste esteve louca nesta cidade, ha muitos annos; depois foi melhorando e é desde certo tempo tida como sã.

Tem no ultimo anno figurado em negocios do casal, já outorgando a venda de outra fazenda que possuiam, já concorrendo para duas hypothecas sobre a actual.

Tres medicos da localidade em que reside actualmente, ainda agora lhe attestam a sanidade; e é certo que ella dirige sua casa perfeitamente, recebe visitas, conversa bem.

Entretanto ha informação reservada de que conserva aversão pelo marido, que lhe tem sido bom, aversão que revela ás vezes em presença de extranhos.

Desconfio, pois, que ainda lhe continúa a mania, ainda que circumscripta a esse ponto, desconfiança autorizada pelo parecer de um medico habil a quem expuz o que fica escripto.

Poder-se-á aceitar o negocio outorgado por ella?

### Resposta

Enquadra-se a questão em um dos mais intrincados capitulos da medicina legal.

De facto, não se trata simplesmente de decidir, em vista de symptomas francamente apreciaveis, si a paciente é hoje ou não insana, si, após certo periodo de apparente integração mental, retomou ou não a primitiva *libertas judicii* ou *concilii*: tão pouco estamos em frente de um acto que se presuma praticado em um *dilucido intervallo*, na terminologia da Ord. Liv. 4º tit. 81 pr., para que seja possível determinar com segurança, pelo respectivo contexto, a sua validade ou invalidade. Houveram sido só por si difficeis taes questões, desde que, como ora acontece, não tivessesmos sob os olhos qualquer exame medico e mais miuda noticia dos factos. Mas a diffículdade se avoluma porque se trata de uma figura clinica sobre cuja individualidade real e effectiva a nosologia psychiatrica ainda não proferiu a ultima e definitiva palavra.

Ha effectivamente, no quadro da nosologia mental, com traços caracteristicos, feição exclusiva, marcha propria, symptomatologia singular, a chamada *loucura parcial* ou *monomania* — estado psychico particular, em que o paciente goza plenamente de si mesmo, excepto em se tratando da relação que lhe desperta a molestia?

Ora, devendo ser a solução desta preliminar o ponto de partida para a solução da proposta, enfrentamos desde logo com decidida divergencia entre os escriptores.

Assim, ao passo que Brierre de Boismont, por exemplo, citado por Briand e Chaudé (*Méd. leg.*, pag. 548), aceita sem reservas a realidade da monomania, e vê no monomaniaco um individuo são de espirito enquanto não se trata do objecto sobre o qual desrazôa, Sacaze,

tambem citado por aquelles tratadistas (pag. 500), assim se exprime: "Mesmo na loucura parcial, que se distingue pela integridade apparente da razão, a harmonia dos sentimentos moraes está quebrada, pervertido o character das affeições, perturbada a ordem das sensações; e desde então, fica fora da livre actividade do eu humano aquelle que soffre deste delirio exclusivo. Não podemos admittir uma capacidade desigual, movel, sujeita a fluctuações, a cada hora se modificando, dobrando-se em uma série de acções que corresponderiam á lesão de uma faculdade intellectual, para logo depois recuperar a sua maneira normal e regular. *Deve-se, pois, rejeitar como vã hypothese a existencia de um delirio, que teria sua séde unicamente na lesão de uma só faculdade.*" Emquanto Casper (*Méd. leg.*, I, pag. 351) appellida de *ultraphilantropica e absurda* a theoria "que consiste em admittir que os monomaniacos não são responsaveis, porque as partes sãs da intelligencia ficaram sympathicamente alteradas", Krafft-Ebing (*De la responsabilité crim. et la capacité civile*, pag. 95) afirma "que hoje a theoria das monomanias está fóra de curso e apenas tem valor historico."

Em qual dos grupos está a verdade? Não sei, pois tudo quanto sei é que os mesmos profissionaes não o sabem tambem. Todavia, tanto quanto me é licito escolher, predilecção aliás apadrinhada pelas lições da psychologia pura, sou por Troplong, o eminente jurisconsulto, mas tão medico quanto eu.

Eis como elle se exprime: "A razão do homem é uma; não é susceptivel de divisões: quando a loucura apodera-se della, seja embora sobre um lado isolado, a vicia em sua integridade, semelhante a esses cancros que não róem sinão uma parte do corpo, mas corrompem a massa inteira do sangue."

Tambem assim pensa o meu collega Chaudé, o brilhante collaborador de Briand (obr. Cit., pag. 500): "As idéas de M. Troplong, dizem os estimados autores do *Manuel complet de Médecine légale*,

reproduzidas por sabios magistrados, *principalmente sobre a capacidade civil, parecem hoje estar fóra de contestação.*"

Consultemos afinal o eminente Tardieu (*Etude médico legale sur la folie*, pag. 199): "Aos delirios parciaes prende se a questão das monomanias, mal collocada e mal definida durante muito tempo, porém hoje melhor comprehendida, e que occupára grande logar na medicina legal da loucura. Convém antes de tudo não tomarmos esta expressão, por maior que seja a fortuna que ella haja feito, em seu sentido etymologico stricto. Por mais limitada que seja a lesão das faculdades, por mais circumscripta que pareça a perturbação da razão, nunca é em um ponto unico que ella se encerra. A idéa predominante se destaca sobre um fundo geral e primitivamente alterado, e o delirio parcial não é sinão a nota mais alta do desaccordo mais profundo que existe entre as differentes funcções intellectuaes e moraes."

"*La folie*, disse Heinroth, citado por Ball (*Maladies Mentales*, pag. 30), hoje uma das maiores autoridades na materia, e tambem contrario ás monomanias, *est une maladie de l'être tout entier.*"

Tal é a lição que modernamente esta assentada entre os mais celebres alienistas, e que os mais afamados psychologists como Spencer, Herzem, Ribot e outros, referidos por Poletti (*Il sentimento nella scienza del diritto penale*), implicitamente suffragam com as suas theorias sobre a psychologia dos sentimentos ou das affeições.

---

Agora vejamos si no nosso direito positivo ha elementos por meio dos quaes possamos dar uma resposta pratica á questão.

Convem ponderar antes de tudo que, ao tempo em que foram promulgadas as Ordenações Philippinas, estava a sciencia da medicina legal muito áquem dos progressos que hoje a recommendam; o que quer

dizer que nos não devemos cingir á letra núa da lei, sinão interpretal-a segundo os novos ensinamentos da psychiatria moderna.

Dispõe a Ord. Liv. 4º tit. 81 pr., que valerá o testamento daquelle que não fôr furioso continuamente, *mas tiver o furor por luas ou dilucidos intervallos*, e fizer o testamento *estando quieto e fóra do furor, constando disso claramente*; e na duvida, manda a Ord. que se attenda ao contexto do testamento e qualidade da disposição.

A Ord. do mesmo Liv., tit. 103 § 2º, dá aos furiosos *por intervallos e interposições de tempo, enquanto estiverem em seu siso e entendimento*, a faculdade de governarem sua fazenda.

Não conhecemos outros textos que se prestem á solução da proposta; e diante destes, deve a questão ser assim formulada: pode o pretendido monomaniaco, quando age fóra do circulo das idéas que lhe accordam a psychose, ser equiparado ao furioso que age em lucido intervallo?

Uma das mais espinhosas, chama Krafft-Ebing á questão da capacidade nos lucidos intervallos. A lucidez é real ou apparente? eis o *punctum saliens* da duvida. Ora, nada nos habilita a dar com segurança qualquer resposta em vista da proposta. Quanto tempo durou a molestia da senhora em questão? qual o motivo que a occasionou? tem esta senhora parentes, ainda que remotos, que tivessem soffrido ou soffram de qualquer afecção cerebral? qual a qualidade desta? usa aquella senhora de bebidas alcoolicas ou na familia ha affectados de alcoolismo? são calmos ou não os periodos catameniaes da paciente? é ella fortemente hysterica? Eis uma série de perguntas cujas respostas, assentadas sobre observações pessoaes pacientemente reiteradas, seriam imprescindiveis para uma solução categorica.

Não basta que a lei julgue valido o contrato ou acto celebrado em lucido intervallo: a questão fundamental é saber si a molestia em



questão offerece intervallo lucido, e, no caso affirmativo, si o agente estava lucido no momento em que agiu.

*As luas, a que allude a Ord. cit., que modalidades oferecem naquella senhora? é ella verdadeiramente lunatica, no sentido da psychiatria, desenvolvido por Lombroso, na sua interessante monographia Pensiero e Meteore, cap. XIII, pag. 77 e seg.:*

*Vedendosi ella in quel modo legata*

*Per LUNATICA E PAZZA pienamente —?*

Mas si só por si é complexa a questão da capacidade: nos lucidos intervallos, e tão difficil que, segundo o § 1º da cit. Ord. Liv. 4º tit. 81, por mais ordenado que seja o testamento não valerá si se provar que o testador, quando fez, não se achava em lucido intervallo, mais difficil é resolo ver a proposta duvida, encerrada, como vimos, em uma figura morbida tão discutida, e que na mais recente e melhor-opinião, constitue uma especie de molestia cerebral geral.

As reservas por todas as modernas legislações creadas á admissão da capacidade civil nos intervallos lucidos, devem com maioria de razão ser mantidas na especie vertente. Si a lucidez, como ensinam os mestres, raramente e absoluta; si raramente se poderá fixar-lhe, como diz Krafft-Ebing (pag. 211), os seus limites precisos ou dizer quando começa e quando acaba, como não ser mais cauteloso e exigente com relação ao pretendido monomaniaco, cujo furor está sempre latente, cuja desintegração mental e constante?

Portanto, só diante de reiteradas observações feitas por profissionaes sobre a paciente, e depois de colhidas e ponderadas todas as particularidades do caso e singularidades idiosyncraticas da doente, no sentido franco de perfeito intervallo lucido no acto de outorgar a alludida escriptura, é que eu aconselharia que esta se lavrasse.

Na duvida, deve o proponente se abster de fechar o negocio.

Nem pretenda elle poder fazel-o porque aquella senhora não está interdicta. A demencia é um estado morbido que annulla os actos juridicos posto que celebrados antes da interdicção; ao contrario do que se dá com o prodigo, cujos actos anteriores á sentença, que o interdictou, são validos — Voet, *ad Pand.*, L. 27, tit. 10, § 7º; Pothier, *Oblig.*, ns. 50 e 51.

Este é o meu parecer, salvo melhor juizo.

*S. Paulo, 2 de Maio de 1893.*

### **XCIX**

— A autopsia, mesmo dezenove dias depois do espancamento a que se attribue a morte do paciente, é, em falta de outras provas, indispensavel á imputação do crime de homicidio.

### **Parecer**

Pede-me o Dr. X, delegado de policia na Capital Federal, que eu dê parecer fundamentado sobre si foi ou não correcto o seu procedimento no inquerito cujos termos tenho presentes em resumo.

Manoel Lagoa foi espancado no interior de um dos armazens da Alfandega, e tres dias depois falleceu. Aquella autoridade, considerando que a morte de Manoel proviera do espancamento, concluiu que Jayme Guimarães foi o autor do homicidio.

Tres foram as especies de provas constructoras do inquerito, como explicitamente se diz no relatorio: *a)* verificação judiciaria, *b)* exame por peritos, *c)* depoimento de testemunhas. A primeira pôz fóra de duvida o facto de ter sido Lagoa offendido physicamente, e a terceira que Jayme Guimarães foi o autor de taes offensas.

Mas, ficou provado que a morte de Lagoa proveiu das offensas physicas? Parece que não, e a prova plena da affirmativa poder-se-ia ter procurado apurar, o que se não fez.

Temos em primeiro logar o parecer do Dr. Nemesio Quadros, escripto em vista do exame pessoal de Lagoa, exame feito tres dias depois do facto, e no qual declarou aquelle medico legista *não se julgar autorizado a diagnosticar com precisão a especie de pirexia inficiosa de que o paciente estava atacado, accrescentando, que apesar das affirmativas do mesmo, nenhum vestigio de contusão ou qualquer outra offensa physica tinha notado no seu corpo.*

Feita a autopsia, em cuja diligencia intervieram o mesmo Dr. Quadros e outro medico legista, que o relatorio qualifica de illustre, a conclusão foi pela existencia *de uma febre biliosa terminando por um accesso pernicioso como causa da morte.*

Temos mais o depoimento do Dr. Francisco Isidoro Duos, que medicára Lagoa, e no qual affirma *não poder achar relação entre a molestia e as pancadas que dizia a mulher de Lagoa ter elle levado dois ou tres dias antes.*

Em vista, pois, destas peças e asseverações, parece que a autoridade policial devia mandar proceder a novo exame cadaverico. Nem posso atinar com a razão porque se diz no relatorio que a essa segunda autopsia obstavam os arts. 138 Cod. Proc. Crim. e 256 do Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, pois tenho como incontroversa a improcedencia do parecer dos Doutores Pedro Affonso e Thomaz Coelho — “que nenhuma luz viria trazer á justiça publica novo exame, pela impossibilidade de discriminar-se no cadaver putrefacto por dezenove dias de inhumação e já anteriormente autopsiado, as lesões das visceras e partes molles feitas por traumatismo durante a vida, das determinadas pela autopsia anterior e decomposição organica.

Quanto á referencia feita áquellas duas disposições parece antes que houve equivoco no invocal-as. Nem ellas fallam em numero maximo de exames, nem, quando fallassem, deveriam ser tão literalmente interpretadas, que não pudessem ceder ao brocardo juridico segundo cuja sabedoria a minima circumstancia de facto leva á maxima diversidade de direito. Que importava que o cadaver já tivesse sido autopsiado, si do primeiro exame não veio luz bastante para esclarecimento da justiça?

Quanto ao parecer do mencionado illustre professor de medicina legal, esbarra diante das lições de outros mestres e das experiencias trazidas pela pratica dos tribunaes. Tudo ensina que é certa a possibilidade de se tirar de uma autopsia praticada após dezenove dias de inhumação, e mesmo depois de autopsia anterior, elementos suficientemente seguros para a determinação da *causa mortis*, maxime quando, como na hypothese, esta é attribuida ora a uma febre biliosa que terminou por um accesso pernicioso, ora a contusões providas de quedas sobre pilhas de caixões e trilhos de ferro, as quaes causuram immediatas dôres agudas e continuas nos rins, no ventre e na cabeça.

A asserção — que autopsias tardias nenhuma luz viriam trazer á justiça publica — não é verdadeira. “Sobre um cadaver completamente putrefacto, affirma Casper, ainda se pode recolher instrucções preciosas” — *Trait. prat. de Médec. lég.*, vol. 2º, pag. 53. A obs. 17 do illustre professor berlinez prova a verdade do asserto. O cadaver então autopsiado já estava verde negro, a epiderme destacada, o sangue estava fluido e correu quando abriram o craneo. Fazia calor de 25º Réamur ou 31º cent. Entretanto, reconheceu-se que a morte proviera de uma congestão do coração. E assim se evitou um erro judiciario.

“Pode mesmo acontecer, ensinam Briand e Chaudé, que a decomposição já tenha destruido todas as partes molles do corpo, e que entretanto a autopsia forneça ainda *dados positivos, provas irrefragaveis*”

— *Man. de Méd. lég.*, pag. 379. E aquellos autores citam o caso da autopsia da mulher Houet, inhumada *onze annos* antes! O cadaver estava quasi reduzido ao estado de esqueleto; entretanto, o exame de algumas vertebraes cervicaes, ainda presas entre si por uma massa denegrida, deixou vêr varias voltas da corda que operára a estrangulação. E assim ficou provado o crime.

E basta lêr os dous esplendidos trabalhos *Phenomenos cadavericos*, de Maschka, e *Alterações cadavericas adeantadas*, de Schauenstein, no *Trattato di Medicina legale* de Maschka, Napoli, 1891, 3º vol., pags. 327 e 423.

A ciscumstancia de já ter havido autopsia, e, portanto, abertura do cadaver, pelo menos das tres cavidades craneana thoraxica e abdominal não modifica o ensinamento *supra*. "*Il arrive des cas dans lesquels l'ouverture d'un cadavre est demandée par le tribunal, ce cadavere ayant déjà été soumis à l'autopsie par un autre médecin. Dans cette circonstance on peut encore rendre des services á la justice, car il y a des blessures qui laissent des traces ineffaçables de leur influence mortelle, de sorte qu'une seconde autopsie peut encore prouver quelle a été la cause de mort.*" Casper, loc. cit., pag. 54. Eloquentes observações do illustre perito confirmam a lição.

Não menos inconsistente é a affirmação daquelles peritos "de ser impossivel discriminar-se no cadaver putrefacto por dezenove dias de inhumação e já anteriormente autopsiado, as lesões das visceras e partes molles feitas por traumatismo durante a vida, das determinadas pela autopsia anterior e decomposição organica."

Não é isto o que ensinam os mestres da sciencia medico-legal nem a experiencia. Para o demonstrar bastaria que para aqui trasladasse o processo concernente ao celebre caso; occorrido em 1874, nesta cidade, ao tempo em que exerci o cargo de Promotor Publico. E por curiosa coincidencia mediarão tambem dezenove dias entre a inhumação (8 de

Setembro) e a autopsia (27 do mesmo mez) da menor Sabina, ainda por coincidência reiterada, morta, segundo o attestado do medico assistente, por causa de um accesso de febre perniciosa. A autopsia foi feita pelos illustres medicos Drs. João Thomaz Carvalhal e Candido Barata Ribeiro, e com tal proficiencia, que ficou fóra de duvida a falsidade do attestado — a victima succumbira a sevicias brutaes.

A medicina legal tem dados certos para distinguir as ecchymoses cadavericas das produzidas por contusões ou traumaticas; e com mais segurança ainda, principalmente pela abertura das cavidades thoraxica e abdominal, pode perfeitamente encontrar, mesmo além de 19 dias de decomposição cadaverica, vestigios de uma febre biliosa ou perniciosa.

Quanto á autopsia anterior, nada então mais facil do que attribuir exclusivamente a ella as desorganizações que só ella operou.

E accrescendo, como se lê no relatorio, que o auto de autopsia, *em face dos principios medico-legaes, é não só deficiente como incongruente*, não tenho a menor duvida sobre esta conclusão, em que peze ao cuidado e proficiencia com que foi elaborado o relatorio Souza Lima: a causa da morte de Lagoa não ficou provada.

Tanto bastava para que outras fossem as conclusões do relatorio policial.

*S. Paulo, Fevereiro de 1895.*

## C

— Um caso de imbecilidade enquadravel no art. 27 § 3º Cod. Pen.

## Consulta

José C., vendedor de peixe, com 19 annos, sem mãe logo que nasceu, foi criado e mantido por uma sua tia, que por elle tinha amor e dedicação verdadeiramente maternaes.

Quando não tinha ainda seis annos deu uma quéda, de que lhe resultou profunda lesão na cabeça. Sempre irascivel excessivamente, irritado, mas tambem frio e indifferente a quaesquer affeições. Ultimamente dava em beber frequentemente cachaça. Confessa ser masturbador.

Por uma futilidade matou a tia com uma profunda facada.

O facto se passou assim: O menor Antonio lhe devia 400 réis, e elle, ao sair de casa para ir á venda de peixe, pediu á tia que, si Antonio apparecesse, lhe dissesse que não podia esperar mais tempo; que si não pagasse aquella divida, elle o mataria.

— Não serás cupaz disso, lhe disse a tia.

— Ora si sou! retrucou elle. Sou até capaz de matar a ti.

E matou-a.

Depois fugiu, sendo preso dias depois.

---

Em vista destas informações, e do parecer, aqui junto, dos illustrados medicos peritos Drs. Carlos de Vasconcellos e Miranda Azevedo, que demoradamente examinaram José C.

### **Pergunta-se:**

Em qual dos dois §§ do artigo 27 do Cod. Pen.— o 3º ou o 4º — se poderá melhor enquadrar a defesa do Reo?

### **Resposta**

Quanto é possível formar juízo com as breves informações prestadas, pois que o laudo dos peritos nada adianta sobre os factos que precederam ao assassinio, penso que a defesa está naturalmente capitulada no § 3º do art. 27 do Cod. Penal.

Digamos, porém, desde já que, si nos não inclinamos para o lado do § 4º, não é porque pensemos com *Solus n'O Direito*, LV, 181, que naquella disposição *só se pode comprehender o cadaver, o corpo inerte e sem vida, incapaz de gesto ou acto imputavel physicamente*. Se convimos em que a formula — *estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime* — ali empregada, não foi feliz, ou antes, pudera ser melhor, não é licito negar a possibilidade da existencia de pessoa viva completamente privada, em dado momento, de sentidos e de intelligencia. Basta abrir qualquer tratado de psychiatria e entender as lições de Ribot, Tardieu, Lombroso, Ziino, Schlager, Krafft-Ebing ou qualquer outra autoridade em psychopathologia legal. O Codigo Penal de 1890 é muito ruim — tão ruim que nem sabe o que seja o crime<sup>1</sup> — mas ninguém tem o direito de suppôr que naquella passagem se tivesse alludido ao defunto. Haverá mais facilmente as anomalias morphologicas, que a anthropologia criminal nos apresenta pelos livros de Lombroso ou Marro, do que taes anomalias scientificas. Fôra de mais.

Não; não é sómente no cadaver que se dá completa privação de sentidos e intelligencia. No campo da imputabilidade criminal podem se conceber varios estados physio-psychicos por completo exclusivos de responsabilidade moral ou imputação. Desde que o individuo cai na impossibilidade de dominar os movimentos voluntarios, no dizer de Campili, *Il grande ipnotismo*, pag. 3, porque todos os musculos da vida de relação foram atacados, e a nevrose psychica lhe apaga

<sup>1</sup> Não levem este conceito á conta de pessimismo impertinente. A definição, que o art. do Cod. nos dá do crime, está grosseiramente errada.

— E' a violação *imputavel e culposa* da lei penal. — Não seria possivel dizer peor, pois que em toda parte e em todas as epocas o crime é a violação voluntaria, isto é, *dolosa* da lei penal. Sem intenção criminosa não ha crime propriamente dito, como se reconhece no art. 24.

Quem sabe si o Codigo empregou aquelles dous adjectivos, para alludir ao crime e á contravenção? *Violação imputavel* — crime: *violação culposa*, contravenção. Moxinifada maior ainda.



violentamente a intelligencia, fica por isso mesmo completamente privado dos elementos constructores da força moral subjectiva de todo delicto, e é irresponsavel. Entretanto, vivo, pode commetter um acto que materialmente venha a lesar um direito protegido pela lei penal. O cataleptico, para exemplificar, em completo estado anesthetico, executa actos de sonambulismo — Richer, cit. em Campili, pag. 4 — e até alguma vez, como diz Bernheim, conserva lembrança do que lhe fizeram ou disseram. Este nevrotico, sem sentidos nem intelligencia, será um dos enquadraveis naquelle § 4.

---

Do estudo do presente caso tirei a conclusão de que se trata da figura do § 3º: José C. é um imbecil, absolutamente incapaz de imputação.

— Um velho prejuizo funesto, diz Krafft-Ebing, consiste em não ter como loucura sinão os estados extremos de alteração intellectual... o vulgo ignora que alguém pode ser gravemente alienado e absolutamente irresponsavel, sem todavia delirar ou desatinar de qualquer modo — *La respons. crim.*, pag. 49. E adiante, á pag. 65: "*Un préjugé qua le grand public, et avec lui beaucoup d' hommes de loi (muito obrigado!) est qu'on ne doit admettre de trouble mental que lorsqu'il existe une lésion manifeste de la raison, une altération de l'intelligence proprement dite*". — Entretanto, diz logo abaixo o grande professor, ha anomalias das sensações e da vontade que levam ás mais violentas lesões da lei, sem que a razão, no sentido proprio da palavra, esteja alterada. —

Sirvam estas palavras de resguardo contra os que, diante da circumstancia de José C. nunca haver tido patentemente accessos de loucura, puderam pôr em duvida que elle seja um louco.

Agora, podemos apontar os motivos do nosso parecer.

§ 1º

*A lesão anterior*

O facto de haver José, quando pequeno, dado uma queda com profunda lesão na cabeça, já é uma presumpção da desintegridade da sua intelligencia.

“Em todos os casos de estado mental duvidoso, diz Krafft-Ebing, é importante indagar si o individuo esteve uma ou outra vez sujeito á acção de causas reconhecidas de alienação mental. — Notemos essencialmente como representando grande papel neste assumpto, as affecções inflammatorias do cerebro ou de seus envolucros *nos primeiros annos da vida, os ferimentos da cabeça...*” obr. cit., pag. 61.

E infelizmente, como observa o Dr. Kirn, *Le psicosi semplici*, na traducção italiana de Bianchi e Meyer, “si trascura troppo spesso nella pratica di notare che una lesione traumatica può fare ammalare non solamente per i suoi effetti mecanici (commozione, offesa del cervello) il systema nervoso centrale, ma anche per gli affetti che vi sono legati.”

Ora, que os ferimentos da cabeça, são causa frequente de molestias mentaes — injurias na cabeça, chama o nosso Ferreira Borges, *Inst. de Méd. leg.*, pag. 313 — é coisa vulgar em medicina legal. Mais ainda, e particularmente interessante ao nosso caso, tal resultado se dá mesmo quando o ferimento é antigo e até insignificante. — Son influence se fait ressentir souvent *après de longues années*, même quand les blessures ont été insignifiantes — Casper, *Tr. prat. de med. legal.*, I, 311. Si a molestia se pode manifestar subitamente, em muitos casos, diz Carl Weil, apparece após semanas, mezes e até annos — *Produz, delle lesioni violente*, em Maschka, *Trat. di Med. leg.*, vol. 1º, pag. 285.

Eis ahi, portanto, como um dos mais remotos antecedentes historicos de José nos abre a lista das presumpções de sua imbecillidade.

## § 2º

### *A indole de José*

Diz-se que José era excessivamente irascível, irritado, mas também frio e indiferente a qualquer afeição.

Mas “o genio do imbecil, de ordinario frio e indiferente, é sujeito a explosões violentas” — Emminghaus, *Idiotismo ed imbecilità*, em Maschka, vol. 4º, pag. 257.

A sua irritabilidade é extrema, diz Krafft-Ebing, pag. 93. “Não podem supportar que se os contrarie ou que se lhes opponha obstaculos a seus planos e desejos immoderados, e reagem subitamente, brutalmente”.

Vid, ainda Maudsley, *Le crime et la folie*, cap. 3º.

As explosões violentas — eis um dos traços mais frequentes nos imbecis. — Tardieu, *E'tude méd. leg. sur la folie* — pag. 136. Têm, como diz o citado Maudsley (pag. 79), instinctivo pendor para actos de crueldade meramente brutal. E eis porque José, apagando dezenove annos de carinhos, e com certeza de sacrificios devidos á sua velha tia, por uma miseria de 400 réis, friamente dizendo apenas: Sou capaz de te matar a ti — explode a propria insania, rapidamente naquella facada mortal.

Fôra crível semelhante anomalia moral em homem são do espirito?

## § 3º

### *A dipsomania*

José ultimamente se entregava ao uso frequente da cachaça, e provavelmente de modo excessivo. Aliás não fariam esta referencia.

Ora si José já não fosse, como tudo quanto d'elle se refere leva a crer, um imbecil nato, o vicio da embriaguez, a que ultimamente se entregou, bastaria para augmentar a symptomatologia da sua insanidade.

O alcoolismo agudo já é por si uma entidade morbida. Fournier (*Diction. de medec. et chirurg.*, h. v.), considera o alcoolismo como uma das formas da perturbação mental. O dipsomaniaco é um doente psychico. O mesmo Tardieu, obr. cit. pag. 150, si diz que a embriaguez não é a loucura, accrescenta que a esta conduz de maneira quasi certa quando degenera em habito.

Pois bem: na lição do citado Krafft-Ebing (pag. 140) “os excessos habituaes de bebidas alcoolicas podem tambem produzir estados de *imbecilidade* e de *idiotia com excessiva irritabilidade*”. Esta degeneração psychica, no dizer de Gauster (no citado Maschka, IV, 490) é causa frequente do morbus psychiatrico; e dahi a farta historia de crimes que, sem essa dirimente, seriam abominaveis.

#### § 4º

#### *A masturbação*

A extrema irritabilidade de taes enfermos traz amiude a erectomania e esta a masturbação — Krafft, pag. 93; Garnier, *L’onanisme*, pag. 296 e *passim*.

Ora, entre os autores não ha divergencia no assentamento da regra — que o habito onanistico vale um passaporte para as perturbações mentaes, assim como todos elles ensinam que a masturbação entra na symptomatologia do idiotismo e da imbecilidade — vid. cit. Garnier, *passim*.

“A imbecilidade, diz-se no *Diccionario* de Nysten, é a mais ordinaria das consequencias da masturbação — menos pelos desperdicios do fluido seminal do que pelo abalo nervoso que determina”.

---

Até aqui sobre os antecedentes segundo as informações constantes da consulta.

Agora, o exame medico.

§ 5º

*O olhar de José*

— Tem o olhar fugitivo e desconfiado, não encarando a pessoa com quem falla. —

Na expressão da physionomia põe Schlager, professor de psychiatria na Universidade de Vienna, um dos elementos mais seguros para a diagnose das molestias mentaes. Nella se reflectem ordinariamente os phenomenos psychicos, moraes e affectivos. As mudanças da physionomia são outros tantos instrumentos anamnesticos das perturbações organicas do espirito, e a todas superando pela sua quasi infallibilidade de diagnostico, refere elle o olhar. A' lucidez e integridade psychicas corresponde a segurança e brilho luzente dos raios do olhar; *vice-versa*, nos estados pathologicos mentaes, os raios são amortecidos, intermittentes, e a linha obliqua é a sua directriz commum — *Legislaz. pei pazzi*, em Maschka, IV, 4º e segs.

Que tem que José C. manifestasse sempre raciocinio no tráfego ordinario da vida, fosse talvez astuto no modo de fazer o seu commercio de peixe? que nunca tivesse passado como idiota?

Ha distincção, ensinam Briand e Chaudé, ente os idiotas e os imbecis. Aquelles nascem de todo privados do principal apanagio da especie humana; estes não tem excluido por completo a faculdade do raciocinio sobre certos objectos e ata podem ser dotados de certo grau de finura e astucia. Entretanto, continuam aquelles estimados autores, os imbecis trazem na physionomia e compustura geral uma nuvem de estupidez, que é o stygma que os faz puros automatos, tão irresponsaveis quanto os idiotas. — *Man. compl. de médec. lég.*, pag. 547.

Como nos faz vêr o eminente Ribot, ha nos imbecis destas degenerações puramente funcionaes, ao passo que no desenvolvimento

geral externo do corpo podem elles guardar as linhas da construção normal. São manifestações anômalas das relações entre o organismo e a psychica, de que o celebre autor de *L'hérédité pscyologique* falla na pag. 57 do seu precioso livro *Maladies de la Volonté*. Não ensina Lombroso que "*s'il ne s'agit pas toujours, dans les criminels, de dégénérescence physique dans le developpement général du corps, ou de quelque maladie héréditaire ou acquise, la degenerescence est fonctionelle et se manifeste par des causes externes qui troublent le fonctionnement regulier des éléments vitaux?*" *L'antropologie criminelle et ses récents progrès*, pag. 121.

### § 6º

#### *O craneo*

— Apresenta o craneo anormal; craneo plagio-cephalo ou da 5[ especie de Ducatte. —

Eis aqui um dos schemas da anthropologia criminal, nos proprios termos do *sacerdos magnus* da escola positivista. Diz Lombroso, em *L'uomo delinquente*, que os modernos estudos de anatomia pathologica e anthropometrica do delicto chegaram a tal ponto de precisão pratica, que já não é licito a ninguem pôr em duvida a inteireza das suas conclusões.

Pois bem: dentre as anomalias crânicas mais accentuadas na historia dos criminosos, a plagio-cephalia é a mais vulgar. Lombroso encontrou em 177 italianos criminosos, 14, 9% plagio-cephalos, e Manouvier (*Bulletin de la Soc. zoolog.*, 1882, pag. 117), em 226 assassinos, achou 115!

Ainda Lombroso, á pag. 44 de *L'anthropologie criminelle*, refere que Blomberg (*Ueber 100 Kephalogramme*, Weimar, 1890), estudando, pelos methodos craniometricos de Rieges, varios criminosos e loucos dos dois sexos, encontrou plagiocephalia nesta proporção:

homens criminosos.....	80%
mulheres criminosas.....	85%
loucos .....	50%
loucas .....	50%

### § 7º

#### *As orelhas*

— As orelhas são destacadas da cabeça (orelhas de abano). —

Nos *Archivos de Anthropologia Criminal* de 1888, p. 17, o Dr. Frigerio nos dá um estudo completo das anomalias da orelha nos criminosos, estabelecendo, como 1ª conclusão: que a orelha devemos collocar na primeira linha entre os órgãos que offerecem caracteres de degenerescencia.

Pois bem: segundo o professor Gradenigo, *apud* Lombroso, *Anthr. crim.*, pag. 60, em mais de 25.000 pessoas que elle examinou, veio a este resultado:

Orelhas de abano — 24% em criminosos e 12,5% em homens e 3,2% em mulheres não criminosas.

### § 8º

#### *O prognathismo das mandibulas*

— Notam mais no paciente o prognathismo das mandibulas. —

Eis outra anomalia commum nos criminosos degenerados. A medida do diametro mandibular é:

nos normaes .....	98,2%
— criminosos.....	103,9%

José C. é um prognathos; logo, concluiria o eminente Lombroso (*L'Uomo delinq.*, 4ª ed., pag. 152), é um degenerado.

§ 9º

*O proprio crime*

Além dos precedentes conhecidos, e dos factos e informações medicas que apontámos, tirando conclusões scientificas no sentido da applicabilidade do § 3º do art. 27 Cod. Pen., a propria ferocidade do crime auxilia a nossa conclusão.

Um moço de 19 annos, sem grandes privações financeiras, com occupação honesta, cercado dos carinhos e constante solicitude de uma tia, que durante todo aquelle periodo lhe serviu de mãe desvellada, só porque um companheiro, rapazola como elle, deixa de lhe pagar 400 réis, e sem que a bôa da velha lhe houvesse dito uma palavra que pudesse lhe accender justificada raiva — sem coisa alguma que motivasse o acto brutal que praticou — tendo apenas uma phrase estupidamente fria — mata, com indifferença só por si capaz de horrorizar a quem della tiver noticia, aquella mesma velhinha, sua mãe adoptiva, sua providencia de dezenove annos, movimento e espirito do lar onde elle passou a sua existencia de menino e moço.

A zoologia, como o direito e a moral, tem a sua philosophia, e esta nos ensina que o homem não é, como diz Ziino, *La fisio patologia del delitto*, § 44, méra machina. A força viva de sua individualidade, quer dizer, a sua actividade intelligente, é a linha que o discrimina dos irracionaes. O motivo de qualquer de nossos actos é reflexo da nossa intelligencia e da nossa liberdade. Sem motivo não ha acto livre, e, portanto, imputavel.



Daqui vem a seguinte lição de biologia, assim exposta por Miguel Bombarda no primeiro livro dos seus *Estudos biológicos: A consciencia e o livre arbitrio*, pag. 80:

“Um crime é commettido; indaga-se dos motivos que puderam levar á sua realização; si se encontra um bastante poderoso — crime, roubo, vingança —, o acto é qualificado de producto dum espirito são e os tribunaes condemnam. Si tal motivo não é reconhecido, si na ausencia de toda razão, de todo fundamento, o crime foi commettido, pensa-se em impulsões morbidas, em actos de doidos. E não é só um alienista que assim julga. São todos, é a humanidade inteira... E ninguém ha que não pense em loucura quando nada se consegue apurar.”

---

Tambem não sei a que mais, sinão á imbecilidade, se poderá attribuir o acto, de modo algum livre, que fez de José C. um assassino inconsciente.<sup>1</sup>

*Abril de 1897.*

## CI

— Critica de um exame medico para levantamento de interdicção.

## Promoção

O supplicante, interdicto vai para tres annos, pede que lhe seja levantada a interdicção; e tendo se sujeitado a exame de sanidade, reitera aquelle pedido, o qual ora pretende apoiar nas conclusões dos illustres medicos peritos, cujo parecer vai de fls. 41 em diante.

Sem ter a vaidosa pretensão de refutar essencialmente aquelle laudo, posso entretanto demonstrar que é deficiente, e por isso incapaz de justificar o pedido.

---

<sup>1</sup> Incumbido da defeza de José, obtive do Jury, em sessão de 17 de Maio de 1897, absolvição pelo reconhecimento daquella dirimente.

Primeiro que tudo, a descripção do estado physico do paciente é visivelmente descuidada e incompleta.

E' descuido dizer que o paciente tem *as côxas dobradas sobre as pernas*. Não ha tal. As côxas não se dobram sobre as pernas, sinão sobre o tronco, e sobre a parte posterior dellas é que as pernas se dobram. Basta olhar.

E' ainda descuido affirmar que o estado physico do paciente não o *embaraça* de andar. Embaraça, sim. Embaraçar não é só tolher ou impedir, mas tambem difficultar ou perturbar. O gago tem embaraço de fallar, mas falla. O paciente anda, sim, mas bem se vê como: parecendo cair a cada passo. Os proprios peritos mencionaram o bastão de que elle faz constante uso. Mas um *bastão* serve ou para distinctivo ou para adorno ou para apoio: ora, o paciente não é official dos que fallaram Virgilio ou Vieira, nem é gamenho; logo, traz bastão porque sem o auxilio delle não póde caminhar. Logo, tem embaraço de andar.

---

O exame é incompleto:

1º) Porque, sem que houvessem dito uma só palavra sobre a existencia de qualquer lesão ossea, os illustrados peritos escrevem estas palavras: *ausencia completa de OUTRAS lesões osseas, quer devidas a accidentes, quer a alterações diathesicas*.

Mas então, si não ha *outras* lesões é porque ha pelo menos duas. Quaes? Nem uma palavra a respeito.

2º) Porque, affirmando a concurrencia de alterações anatomicas do paciente, e havendo dito anteriormente que este é de temperamento lymphatico, nervoso, de constituição fraca, accrescentam que é de *saúde regular*.

Mas saúde, em qualquer parte do mundo, na Groelandia como no Mexico, na Arabia como na Patagonia, em qualquer lingua — *sanitas, health, santé, Gesundheit, sanità, salud* — significa o estado de perfeito, livre e facil exercicio das funcções do corpo; logo, o paciente não tem saúde.

---

Na parte relativa ao estado mental ou psychico do paciente, não menos descuidado e deficiente nos parece o exame.

Dividindo o seu estudo pelas “tres ordens de *factos* (ou *phenomenos*?) essenciaes a verificar nestes casos, a saber: faculdades intellectuaes, faculdades moraes ou affectivas, e; funcções sensoriaes”, os illustrados peritos estabeleceram graus quanto á facilidade ou dificuldade de apreciação. E assim, dizendo com relação á ultima daquellas tres ordens de *phenomenos*, que “as funcções sensoriaes são de mais difficil apreciação porque comprehendem *phenomenos* antes subjectivos do que objectivos”, parece que tiveram em vista dizer:

1) que não ha maior dificuldade na apreciação do estado morbido intellectual de um individuo;

2) que ha maior dificuldade em apreciar o estado das faculdades moraes do que o das funcções sensoriaes;

3) que os *phenomenos* intellectuaes e moraes são antes objectivos do que subjectivos.

Mas taes conclusões, que decorrem logicamente do parecer, são inacceitaveis.

Quanto á primeira, basta lembrar as palavras de Burke ao transpôr as portas de um hospital de alienados: — Mas onde estão os loucos? — tão difficil lhe pareceu distinguir o louco do homem são do espirito — Maudsley, *Le crime et la folie*, pag. 2.

*Parmi les nombreuses questions qui se presentent au médecin légiste, il n'en est pas qui soit PLUS DIFFICILE à resoudre que celle qui consiste à juger L'ETAT MENTAL d'un individu — Casper, Tr. prat. de medec. lég., vol. 1º, pag. 254.*

Quanto á segunda, não sabemos que diferença estabelecer entre as faculdades moraes e as funcções sensoriaes, e menos quanto á dificuldade da respectiva apreciação.

No homem se estuda o corpo e o espirito. Este, quer seja estudado na anthropologia, quer na phenomenologia, quer na psychologia, e essa é a trindade do espirito subjectivo na obra de Hegel, é sempre uno. Ora, no estudo psychologico do espirito, isto é, do espirito que se determina em si mesmo emquanto *sujeito* por si — *der sich in sich bestimmende Geist als Subject für sich* — (Hegel § 388), e que faz objecto da psychologia em cujo terreno ora estamos, a intelligencia é modo da natureza moral do homem. Portanto, as funcções sensoriaes são modos das faculdades moraes do homem. Dada qualquer perturbação nas faculdades intellectuaes — ou se trate da *insania* dos latinos, ou da *morbi mentalis* de Linneo — determina-se um estado pathologico, porque o alienado é sempre um doente, e tal estado é definido por Esquirol — uma affecção cerebral caracterizada por desordens da *sensibilidade*, da *intelligencia* e da *vontade*.

Tanto é certo que neste ponto não podemos acceitar o exame sem lhe oppôr objecções, que se nos afiguram extraordinarias as observações dos peritos quanto ás faculdades moraes e affectivas do paciente. Como affirmar que este não deixou perceber nem um instinto reprovado? *nenhum movimento impulsivo insolito?* nenhuma tendencia maligna? Pois todo louco é obsceno? O que seria do art. 280 do Codigo Criminal?

Quanto á terceira, é por completo desmentida em qualquer compendio de psychologia.

Perguntou o paciente — si tem alguma incapacidade moral e intellectual — e os peritos responderam — que o paciente não apresenta nenhum dos phenomenos proprios das alterações *permanentes* das faculdades mentaes.

No genero *alheação mental* se comprehendem muitas especies de estados morbidos intellectuaes, uns totaes, outros parciaes, uns permanentes, outros transitorios. Foi o que nos levou a apresentar o nosso 3º quesito.

Mas na resposta — não apresenta nenhum dos phenomenos proprios das alterações permanentes das faculdades mentaes — não se contem a negação da existencia dos phenomenos proprios das alterações transitorias das faculdades mentaes. Apresenta o paciente alguma destas alterações? Não vemos no laudo uma só linha que autorize qualquer resposta. Ha nisto lacuna ou reincidiram os illustrados peritos no descuido já notado por occasião daquellas *outras* lesões osseas?

Todas estas interrogações, na melhor fé formuladas, estão a convencer da insufficiencia do exame.

---

No 4º quesito perguntámos si é possivel a simulação de integridade intellectual?

Esta pergunta pode ser substituida por est'outra: E' possivel a dissimulação da perturbação intellectual?

Sem notar o vicio deste periodo da resposta — não se pode admittir a simulação dessa integridade intellectual por parte de um individuo *que se suppõe* privado della — pois o paciente, com o seu pedido, quer convencer que já lhe cessou aquella privação — mostremos que os peritos apenas phantasiam quando pretendem que o meu quesito é *simplesmente absurdo*.

— *Il a à éviter le danger des simulations, souvent si bien conduites, et celui des dissimulations que les malades savent, dans certains cas, rendre méconnaissables* — Casper, obr. cit., pag. 256.

Quem sabe si os ilustrados peritos não puderam evitar o perigo, e foram ludibriados? E' provavel, até porque o paciente nos pareceu daquelles a quem o mesmo Casper se refere quando promette tratar da theoria erronea a que deu logar *l'habilité de certains aliènes à maîtriser leur maladie et à la cacher pendant un certain temps*.

O famoso Ferreira Borges, *Inst. de Med. forense*, tratando das molestias dissimuladas, refere-se aos individuos que *escondem o estudo de mentecapto e imbecil*, e á pag. 364 escreve: "Acontece muitas vezes que os maniacos escondem com extraordinaria dexteridade a sua aberração para conseguir o ser posto em liberdade ou entrar na plena administração de seus bens. Ha factos extraordinarios em que, por muitas horas, em repetidos exames, em discussões longas de tribunaes, alguns maniacos têm illudido as mais atiladas e combinadas indagações do estado de seu espirito". E manda ver os casos trazidos por Beck, *Elements of medic. jurispr.*, desde a pag. 238.

O eminente Tardieu, *Étud méd.-lég. sur la Folie*, pag. 226, reconhece que a simulação *tient une place considérable dans l'histoire médico-légale de la folie*; e em nota nos dá noticia de varios casos.

O Dr. Armand Laurent escreveu notavel monographia sobre o assumpto, a que deu o titulo — *Étude medico-légale sur la simulation de la folie*.

— *Ce fantôme de la simulation*, diz Krafft-Ebing, *apparaît souvent aux yeux des tribunaux* — *La respons. crim.*, pag. 187.

Já se vê que por completo carece nos peritos razão para taxarem de absurdo o nosso quesito; antes elles é que se mostraram alheios a factos que a sciencia medico-legal tem positivamente verificado.

Em ultimo logar perguntamos si o paciente terá perfeita capacidade de discernir e contractar.

A resposta contem um erro de psychologia e um vicio de logica.

Respondem os peritos: — Não se podendo marcar limites precisos nem sobretudo determinar gráus diversos de capacidade para certas operações do espirito, ou para certos actos da vida...

Deixando de parte as varias observações que este periodo suscita — pois o medico legista bem pode marcar os limites a que os peritos se referem, os quaes são — a sanidade e a insanidade — a é difficil atinar com o que poderão aqui comprehender aquellas palavras — para certos actos da vida — notemos apenas que é erro medico-psychologico dizer que não se pode determinar gráus diversos de capacidade intellectual.

Por ser difficil não é impossivel. O grande Hegel, § 381, ensina, com o peso enorme de sua majestosa autoridade, que — o conhecimento da natureza concreta torna-se particularmente difficil, porque *seus differentes gráus* e as differentes determinações do desenvolvimento de sua noção, não se conservam no estado de espheras distinctas e presentes, como na ordem natural a materia e o movimento. —

O espirito tem gráus — superiores e inferiores; assim dentre os ultimos os psychologos comprehendem por exemplo — o sonambulismo, o entendimento na demencia etc.

Tanto é certo haver a sciencia determinado gráus de capacidade intellectual, que aos illustrados peritos não pode ser desconhecida a lição de medicina legal discriminativa da capacidade civil e da capacidade criminal. A observação 171 de Casper illumina perfeitamente a questão.

O vício de lógica está no final da resposta, além de conter a negação do que acima disseram os peritos: julgamos *apenas* (!) que o paciente tem capacidade, ou aptidão para contratar e discernir tanto quanto comporta a esfera de sua inteligência pouco cultivada. —

E' isto uma *petitio principii*, e nos faz lembrar aquelle celebre verso:

*Où sont les morts romains? dans les tombeaux de Rome.*

Em conclusão: este era o quesito essencial. Não obtive resposta: portanto, em que peze á muita consideração que devemos aos peritos de fl. 41, somos de parecer que não pode ser deferida a petição de fl. 4 *in fine*.

A interdicção não deve ser levantada.

*Rio, Curadoria Geral dos Orphãos da 1ª vara, 4—11—80.*

---



## SETIMA PARTE

---

### DIREITO JUDICIARIO

---

#### CII

- Competencia dos Juizes de Paz.
- São competentes para substituirem os Juizes de Direito no julgamento dos inventarios e partilhas.
- Bem assim dos processos de divisão de terras.

#### Consulta

O Juiz de Paz do districto X pergunta si é competente para substituir o Juiz de Direito da comarca no julgamento:

- a) dos inventarios e partilhas,
- b) dos processos de divisão de terras?

Qual a interpretação do art. 116 do Dec. n. 123 de 10 de Novembro de 1892?

#### Respondo

a) Tanto quanto me julgo capaz de invocar pessoalmente o elemento historico da organização judiciaria estadual, em cuja elaboração *magna pars fui*, posso garantir que um dos primeiros pensamentos dos collaboradores da L. n. 18 de 21 de Novembro de 1891, com infelicidade modificada pela de n. 80 de 25 de Agosto de 1892, e afinal regulamentada pelo Dec. citado na consulta, foi alargar quanto possivel a competencia dos juizes de paz; e quando elaborei o Dec. n. 123 quasi inclui, no quadro das attribuições dos referidos juizes,

a de procederem aos termos dos inventarios e partilhas cujo valor não excedesse de 500\$000. Não fosse a ponderação de que o valor dos inventarios só se faz certo pelas avaliações, e os juizes de paz teriam ficado com tal competencia.

Isto posto, a interpretação do art. 116 do citado Dec. n. 123 de 10 de Novembro de 1892 deve subordinar-se ao principio que mais larga competencia der a taes juizes.

*Ora,*

é corrente em direito, que no juizo *familioe erciscundoe* o juiz exerce jurisdição meramente administrativa ou graciosa, cuja noção bebida em Glück, referido em Saredo (*Del procedimento in Camera di Consiglio*, n. 65), o citado Decr. consolidou no art. 126 n. 1. Nelle não se trata de lesão de direitos, sinão de garantir uma relação de direito contra possiveis lesões futuras. Pode tal juizo, é certo converter-se em juizo de natureza contenciosa, si intervier litigio ou desharmonia de vistas ou interesses entre os co-herdeiros. Já o dissera D'Argentrée: *voluntaria jurisdictio transit in contenciosam interventu justı adversarii*. Mas só então perde aquella primeira natureza, e só então escapa da competencia dos juizes de paz.

Portanto, na falta ou impedimento do Juiz de Direito, entendo que o Juiz de Paz, nos termos do citado art. 116 let. b), é o competente para, como substituto, julgar inventarios e homologar partilhas.

b) A este quesito respondo literalmente como ao primeiro. O Dec. n. 720 de 5 de Setembro de 1890 não tirou, ás divisões e demarcações amigaveis de terras particulares, a natureza dos processos graciosos.

E' o meu parecer.

### CIII

— A acção de despejo de casas está subordinada á regra legal das alçadas.

— Na falta de contracto escripto com tempo determinado, para o computo da alçada se deve entender que a locação foi feita a mez, semestre ou anno, segundo o costume do lugar.

### Consulta

Sancho alugou a Martinho certo predio, ajustando verbalmente que o aluguel seria de 15\$000 no 1º mez e de 10\$000 nos subsequentes.

Isto foi em Abril de 1902, e até o mez corrente nada pagou.

Sancho, requerendo ao Juiz de Direito da comarca a citação de Martinho para em 24 horas deixar o predio sob pena de se passar contra elle o competente mandado de despejo, não deu valor pecuniario á causa. O Juiz despachou dizendo-se incompetente por não ter o Supplicante dado valor á causa e em vista do art. 123 n. II let. d) do Dec. n. 123 de 10 de Novembro de 1892.

Indo Sancho ao Juiz de Paz, por petição igual á primeira, este duvida despachar, por não vêr firmada a respectiva competencia.

### Pergunta-se

E' competente o Juiz de Paz:

No caso affirmativo, qual deve ser o seu despacho?

### Resposta

Considerando:

1º) Que a acção de despejo de casas não pode deixar de subordinar-se a regra legal das alçadas — Av. de 14 de Abril de 1891 — e

é intuitivo, attento o systema da nossa organização judiciaria segundo a L. estadual n. 18 de 21 de Novembro de 1891;

2º) Que não havendo contracto escripto com prazo determinado para a locação, entende-se que esta foi feita ao mez, semestre ou anno, segundo fôr o costume do logar — Clovis Bevilacqua, *Obrigações*, pag. 365;

3º) Que na hypothese foi ella ajustada por mez; e por tanto, o preço do aluguel de um mez póde servir para calculo da alçada;

4º) Que ainda quando haja o proposito de seguir a opinião dos que ensinam que, não havendo contracto escripto com tempo certo, deve considerar-se que o arrendamento foi feito por um anno — Moraes Carvalho, *Praxe Forense*, nt. 458; Acc. da Relação do Rio de Janeiro, de 28 de Novembro de 1874 (*O Direito*, V. 407) — o valor da causa seria mesmo assim inferior a 500\$000 (1 mez a 15\$000 e 11 a 10\$000 ou  $1 \times 15 + 11 \times 10 = 125$ ), o que importaria em 125\$000;

5º) Que mesmo quando se quizesse avaliar a causa de despejo pela somma dos alugueis vencidos, de Abril de 1902 a Agosto de 1903, a importancia seria de 175\$000 ( $1 \times 15 + 16 \times 10 = 175$ ), ou ainda menos de 500\$000;

E visto que a alçada dos Juizes de Paz é de 500\$000 — Dec. n. 123 de 10 de Novembro de 1882, art. 123 n. II (let. d) —

sou de parecer que de facto é incompetente o Juiz de Direito, não pela razão dada no despacho junto, pois a falta de enunciação do valor da causa deve antes firmar competencia, salva ao réo a respectiva excepção, mas porque de uma simples operação arithmetica se chega a determinar o valor exacto della, como acabámos de fazer.

**Isto posto,**

deve o Juiz de Paz despachar a petição, mandando que se faça a citação requerida.

Assim penso.

**CIV**

— Ajudante habilitado equivale a escrevente habilitado.

— Pódem substituir os serventuários nos impedimentos até oito dias.

**Pelo fôro**

*Interpretação de lei*

Tendo-se levantado neste fôro duvida si os escreventes juramentados pódem no impedimento, até 15 dias, substituir aos funcionarios de justiça, pois que o decreto n. 123 de 10 de Novembro de 1892, diz que essa substituição deve ser exercida pelos ajudantes habilitados, o sr. dr. João Monteiro, em consulta que lhe foi feita, por ter sido este Jurisconsulto o encarregado de consolidar as disposições a respeito, respondeu o seguinte:

**Resposta**

A lei n. 18 de 21 de Novembro de 1891, no art. 58, prescreve que enquanto não fôr promulgada lei especial sobre attribuições de serventuários nos officios de justiça, ficará este ponto regulado pelo decreto n. 9.420 de 28 de Abril de 1885.

O decreto n. 123 de 10 de Novembro de 1892, que regulamentou aquella lei, determina o seguinte:

“Art. 83. Podem os tabelliães e escrivães de qualquer vara ou officio ter um ajudante e um ou mais escreventes que o auxiliem no serviço do cartorio.

Art. 84. Os ajudantes propostos pelos serventuários serão nomeados pelo juiz ou pelo presidente do tribunal perante quem servirem os mesmos serventuários.

Art. 85. Para o logar de ajudante habilitado, requer-se *a)* prova de maioridade; *b)* prova de habilitação intellectual, mediante exame do juiz ou do presidente do tribunal; *c)* folha corrida.

Art. 86. Os escreventes dos tabelliães e escrivães são meramente de nomeação destes serventuários”.

O citado decreto n. 9.420 de 1885 dispõe, nos arts. 136 a 140, que os tabelliães e escrivães de qualquer vara, podem ter um ou mais escreventes juramentados nomeados mediante proposta dos serventuários perante quem tiverem de servir e depois de exhibirem prova de habilitação intellectual, pelos juizes de direito perante quem escreverem os mesmos serventuários, e taes escreventes têm as attribuições conferidas pela ordenação do liv. 1º, tit. 24 e 97 e decreto de 16 de Janeiro de 1819, e segundo o art. 146 substituem os serventuários nos impedimentos até oito dias, podendo ser, nos impedimentos mais prolongados, designados pelo juiz.

Combinando-se as disposições acima indicadas, vê-se claramente que a expressão — ajudante — de que usa o art. 83 do decreto n. 123 de 10 de Novembro de 1892, ora entre nós em vigor, equivale ao *escrevente juramentado* do decreto 9.420 de 1885, sendo que os escreventes, de que falla a segunda parte do citado art. 83, são meros coadjuvadores dos serventuários no serviço do cartorio.

Tanto assim é, que os *ajudantes*, isto é, os antigos escreventes juramentados, são nomeados pelo juiz mediante prova de habilitação intellectual em exame prestado perante o mesmo juiz; enquanto que os *escreventes* são meramente de nomeação dos serventuários.

Portanto, a taes escreventes só podem competir as attribuições que pela lei não são conferidas aos serventuários ou aos seus ajudantes habilitados.

Devo francamente accrescentar que, como redactor do citado Reg. n. 123, substitui a expressão escrevente juramentado do decreto n. 9.420 pela de ajudante, levado pela razão politica da abolição do juramento, e dei ao ajudante attribuições mais importantes que ao escrevente por uma razão lexicographia, isto é, por que ajudante é mais do que simples escrevente.

Aquelle faz as vezes do superior, este é o que *faz copias em cartorios por modo de vida*.

Em conclusão — ajudante habilitado é equivalente a escrevente juramentado.

Salvo melhor juizo.

*S. Paulo, 29 de Maio de 1896.*

---

De pleno accôrdo com o parecer juridico do sabio mestre dr. João Monteiro.

*S. Paulo, 30 de Maio de 1896. Antonio Martins de Miranda.*

---

Concordo. S. Paulo, 30 de Maio de 1896. — *João Mendes Junior.*

### CV

— A disposição do art. 70 do Regim. das Relações de 2 de Maio de 1874, sobre precedencia entre advogados *perante o tribunal*, tem inteira applicação nos juizos singulares.

### Consulta

Dispondo o art. 70 do Regim. das Relações que — os advogados que assistirem ás sessões tomarão assento dentro dos cancellos

*do tribunal*, tendo precedencia, pela ordem de sua antiguidade: 1º, os doutores; 2º, os bachareis formados; 3º, os provisionados — na comarca X, onde ha 12 advogados formados, pretende um advogado provisionado, por ser mais antigo do que aquelles, preceder a estes ultimos, allegando que aquella disposição não se applica aos juizos singulares.

### **Pergunta-se:**

Tal disposição é applicavel aos juizos singulares?

### **Respondo:**

A affirmativa parece incontestavel, em vista da Ord. Liv. 3º tit. 19 § 7º, que claramente distinguindo os procuradores judiciaes em duas classes: os *graduados*, que são os *letrados*, de que falla a Ord. Liv. 1º tit. 48 §§ 1-3, e os *de linguagem*, que são os graduados, mas só *provisionados*, mediante exame, e dos quaes trata o § 4º da ultima Ord. citada, dá aos primeiros precedencia na ordem em que uns e outros se podem assentar nas audiencias, e na mesma classe, *ao que fôr mais antigo no procurar*; expressões estas que valem tanto como si a Ordenação dissesse *e requererá cada um segundo fôr mais antigo*, pois que a precedencia no assento ou lugar importa natural e obviamente a precedencia no requerer ou procurar. E si pelo § 1º da citada Ord. Liv. 3º tit. 19 — o advogado que primeiro fosse á audiencia fallaria primeiro, posto que depois d'elle viessem mais antigos e estivessem presentes — disposição esta aliás revogada pelo Regimento do Senado da Supplicação, e se vê em Costa, *Estylos*, annot. 17, n. 19 e segs., de modo que ficou vigorando em absoluto a disposição do § 7º, aquella mesma regra não podia deixar de logicamente se subordinar á distincção desse mesmo § 7º quanto a letrados e provisionados.

Demais, si, como attesta Egydio no logar citado por Lobão, *Seg. Linh.*, Not. 144, *os que advogam não sendo formados, por provisão, não gozam dos privilegios dos advogados* (o que se conforma com a



justiça e a equidade, que mais attendem ao que mais esforçado e graduado é), absurdo seria que neste ponto preferissem aos advogados.

Portanto, a disposição do art. 70 do Dec. de 2 de Maio de 1874 apenas fez extensivo ás audiencias das Relações o que a Ord. já dispunha para os juizos singulares.

Só me admiro de que dúvida se levante a respeito, como tambem de que se dê provisão de advogado para uma comarca onde ha doze advogados formados — o que é violar abertamente o art. 88 do Dec. n. 123 de 10 de Novembro de 1892.

E' o meu parecer.

### **CVI**

— Para que seja regular a citação edital basta que o justificante da incerteza do lugar onde está o citando produza prova relativa dessa incerteza.

— A prova posterior de que o citando estava em lugar sabido não basta para invalidar aquella citação.

— A nullidade da citação de um dos co-réos não aproveita aos outros.

### **Consulta**

A casa H. S., de Hamburgo, por seu representante e mandatario C. S., em S. Paulo, foi citada por E. para uma acção provinda de acto de gestão do mesmo mandatario, aqui praticado.

Mas C. S. estando ausente, sem que se soubesse aonde, o credor justificou esta circumstancia, e fez-se a citação por edital.

Sendo F. H. co-réo na causa, para a qual tinha sido citado por simples despacho, compareceu em juizo, e respondendo á acção, arguiu de nulla a citação de C. S., juntando uma procuração para provar que, ao

tempo da citação edital, o mesmo C. S. estava residindo em Hamburgo, com indicação da casa n. 39 da *Ferdinandstrasse*.

O Juiz, por aquelle fundamento, annullou o feito.

### **Pergunta-se:**

Esta sentença é conforme ao direito?

### **Resposta**

Sendo incontroverso que, na ausencia do réo, pode a primeira citação ser feita na pessoa de seu mandatario quando a acção deriva de acto por este praticado — Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 48 — não ha duvida que a citação pessoal dos socios da casa H. S., de Hamburgo, não era necessaria. Bastava a citação de C. S., mandatario e representante da dita firma.

### **Isto posto,**

aos dous seguintes pontos se reduz todo o interesse da questão:

I. Foi ou não regular a citação edital de S. C., qual se fez?

II. Si o não foi, podia F. H. arguir a respectiva nullidade?

Respondendo a estes quesitos darei por exgottado o assumpto.

/

Penso que regularmente se fez a citação edital de S. C., uma vez que se observaram as disposições dos arts. 45 § 1º e 53 § 1º do citado Reg. n. 737.

A incerteza do lugar onde se acha a pessoa citanda não precisa que seja notoria; aliás não exigiria a lei, já que os factos notorios independem de prova, que previamente se justificasse a mesma incerteza.

Na hypothese, desde que E. não conhecia o lugar em que, na Allemanha, se achava C. S., e produziu tres testemunhas, de origem allemã, e conhecedoras delle, as quaes depuzeram que C. S. vivia em logar incerto do Estado de Hamburgo; desde que, em vista de tal prova, foi a respectiva justificação julgada procedente por sentença que passou em julgado, e, por força della, foram affixados editaes e publicados na imprensa, observadas todas as formalidades legaes concernentes a tal especie de citação, esta ficou perfeita e acabada. Si effectivamente C. S., na epoca da citação, residia em Hamburgo, na casa n. 39 da *Ferdinandstrasse*, este facto não pode invalidar a citação, pois que E. não o sabia e com toda a solemnidade legal justificou que tal residencia não era conhecida. Si a prova posterior da sciencia do logar pudesse destruir a sentença que julgou provada a incerteza, toda citação edital estaria sujeita a tambem ser destruida: bastaria que a pessoa citada provasse que, em tal epoca, residia em tal logar. E em algum havia de ser.

E si destes principios reguladores da citação por editos descermos á analyse da pretensa prova da certeza da residencia de C. S., mais se patenteará a injustiça da sentença, que afinal annullou a acção por pretendida falta de citação. A simples leitura da procuração de C. S. basta para completa confusão de tal sentença. Eis aqui: "Perante mim Tabellião nesta cidade de Hamburgo compareceu o senhor C. S., como socio da *casa de commercio H. S., em Hamburgo, Ferdinandstrasse n. 39...*" Haverá quem fundadamente possa sustentar que aquella indicação de rua e numero se refere, não á casa H. S., em Hamburgo, mas á residencia de C. S.? Para tanto arrojo fôra preciso nada menos do que rasgar a grammatica nas mais vulgares regras da analyse logica.

//

Mas dado de barato que nullamente se houvesse feito a citação de que se trata, insusceptivel de controversia é que a respectiva nullidade não podia ser arguida pelo co-réo F. H., e quando houvesse de

ser regularmente pronunciada, só o poderia ser em favor de C. S., nunca, porém, para o efeito de annular a acção tambem em favor do dito co-réo F. H., contra cuja citação nada se argúe.

Constituem postulados de direito as duas seguintes regras: a) não ha nullidade onde não houver prejuizo — *pas de nullité sans grief*; b) que só pode arguir nullidade aquelle a quem aproveita a respectiva pronunciação — *quando actus nullus est favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus* — Reg. n. 737 art 677 § 1º.

Ora, qual é o prejuizo possivel para F. H. da figurada nullidade da citação de C. S.? Absolutamente nenhum. Por tanto, e como diz Solon, *Nullités*, 1º vol., n. 426, sendo a nullidade um *remedium juris*, "seria abusar e desconhecer a vontade da lei conceder esse remedio a quem nada soffre."

Nulla a acção respectivamente a C. S., não o seria com relação a F. H., e obtida a sentença só não seria exequivel contra o primeiro.

---

Em face, portanto, destes dous argumentos, não nos parece que a sentença junta por copia seja conforme a direito.

7—7—03.

## CVII

— Dada queixa contra tutor que se fez suspeito, tira-se-lhe a administração enquanto se conhece da causa de remoção, e dá-se-lhe substituto interino até decisão final.

## Promoção

Requerendo que o réo fosse suspenso do exercicio da tutela enquanto pendia o processo de remoção, tivemos ponderosas razões e firmes fundamentos.

Demonstremol-o.

§ 1º

E' certo que nenhum texto das Ordenações que tratam da remoção dos tutores — Liv. 1º tit. 62 § 33; tit. 80 § 50; Liv. 3º tit. 18 § 5º; Liv. 4º tit. 102 — consigna aquella medida; mas tambem é certo que nenhum prescreve formulas para o processo de remoção. As lições e deducções praticas dos nossos DD. e dos commentadores do Direito romano, eis o assento da marcha processual de taes feitos.

Entretanto, a petição pela qual requeremos aquella providencia tem fundamento formal na lei.

§ 2º

O Direito Romano é fonte legal da nossa jurisprudencia civil. Não só a Ord. Liv. 3º tit. 64 pr. manda expressamente observal-o em muitos casos, como a L. de 18 de Agosto de 1769 § 9º o declarou subsidiario do direito patrio nos casos omissos, uma vez que na especie sujeita, seja conforme á *Boa Razão*.

Pois bem: temos sobre o ponto textos expressos de Direito Romano e haveremos de reconhecer que não se oppõem elles aos dictames da boa razão, *depois desta bem discutida, qualificada e informada pela Moral*, consoante a recommendação do § 14 dos Estatutos da Universidade de Coimbra; mas antes dão recommendados pelos jurisconsultos antigos e modernos, cuja autoridade nos guia no estudo da razão e espirito das leis. — Trigo de Loureiro, *Inst. Dir. Civ. braz.*, Intr., § XLI; Dig. L. 1º T. 2º fr. 2 § 49.

Eil-os aqui:

— Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur interdicitur ei administrado, ut Papiniano visum est.

Inst., § 7 *de suspect tut.*

— Idem dico, et si quis sciens suspectis postulatis solvat; nam is interim videtur interdicta administratio.

Dig., fr. 14 § 1º *de sulut et. lib.*

Eum, quem ut suspectum tutorem vel curatorem accusas, pendente causa cognitionis abstinere ab administratione rerum tuarum, donec causa finiatur, praeses provinciae jubebit. Alius tamen interea in locum ejus in administratione rerum ordinandus est.

Cod. I. 1ª *de suspect. tut.*

*Eis ahi:*

Dada queixa contra o tutor, que se tornou *suspeito*, enquanto se conhece da causa, tira-se-lhe a *administração* e até que ella finde se lhe dá interinamente substituto.

§ 3º

Nada mais conforme a Boa Razão; e Guerreiro, P. 3ª Liv. 8º, cap. 5º, n. 7, resume, nas seguintes linhas, todos os fundamentos em que se pudera assentar a razão philosophica de taes disposições:

“ne tutor suspecti judicio irritatus, iracundus, et maliciosus administret, et peius in bonis pupilli, seu minoris grassetur.”

§ 4º

Agora os jurisconsultos.

Heinecio, *Recit.*, §§ CCCVI e CCCVII:

— Ubi is ordo observatur, ut, simulac accusatis ista instituta sit, res interdicitur administratione; id quod pragmatici vocant suspensionem. Non ergo statim removetur, sed suspenditur, i. e, interdicitur ei administratione, ne scil. interea, dum lis fervet, eo magis in bona pupilli grassetur.

Pothier, *ad Pand.*, vol. 10, § V, n. XX:

— Pendenti suspecti cognitione, tutori administrationem interdicti, et alium interim subrogar debere.

Warkoenig, *Instit.*, § 265:

— Ex quo momento aliquis suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicatur ei administratio et curator constituitur.

Pereira de Carvalho, *Linh. Orph.* § 143:

— Mesmo antes de decretada a remoção, devem ser privados da administração da tutela os tutores arguidos de suspeitos.

Lafayette, *Dir. de fam.*, nt. 4 ao § 158:

— Enquanto pende a acusação de suspeição, o tutor é suspenso da tutela, a qual é confiada a um tutor interino.

No direito francez, o art. 448 do Cod. Civ. autoriza a negativa

— Dalloz, *Répert.*, vb. *Minorité*, n. 379. Entretanto, diz Demolombe, *Cours de dr. civ.*, vol. 7, n. 507:

— Toutefois... si l'intérêt du mineur l'exigeait, le subrogé tuteur pourrait demander au tribunal l'exécution provisoire de la délibération (do conselho de familia em accusar o tutor suspeito).

Zachariae, *Le dr. civ. fr.*, § 228:

— Pendant le litige, l'administration de la tutele reste à l'ancien tuteur, à moins que le tribunal n'est pris à cet égard des mesures provisoires.

No direito italiano, é muda a sec. IV tit. IX liv. 1º do cod. civ.

— Da incapacidade, da exclusão e da revogação das funções de tutor. — Entretanto,

Mazzoni, *Delle persone*, n. 351, ensina que o processo deve suspender as funções.

— rimanendo meglio guarentito l'interesse del minore.

Madia, *Istit. di dir. civ. ital.*, § 413:

— Noi crediamo che, in mancanza di un testo di legge... ciò non toglie che il tribunale in vista della specialità e gravità del caso, possa interinalmente ordinare la sospensione delle funzioni del tutore.

No direito hespanhol, assim se exprime Escriche, *Diccionario razonado de Legisl. y Jurispr.*, vb. Tutor:

— La acusacion de sospechoso se ha de entablar ante el juez del lugar en que estan los bienes de la tutela, y durante el juicio se ha de nombrar por el juez curador interino.

O concerto é majestosamente unanime.

#### § 5º

Entre os legisladores, formalizou a lição um dos mais modernos codigos americanos — o de Venezuela, no art. 307.

---

Está, portanto, bem fundamentada a nossa petição.

Valerão contra ella as duas razões oppostas pelo reo:

a) que a prova é insufficiente;

b) que o deposito da menor dispensa a suspensão das funcções do tutor — ?

#### § 6º

a) Por completo não procede o primeiro daquelles dois pretensos argumentos.

Não é a prova legal dos factos imputados ao tutor, sinão a simples arguição de suspeito que, como vimos, determina a necessidade da suspensão. Chocam-se os interesses do menor com os do tutor; este,



*irritatus, iracundas e maliciosus*, pode pretender vingança que agrave a condição do outro; presumptivamente desaparece toda garantia, e o menor, sob as iras do tutor denunciado e processado, verá o auxílio, que esperava da tutela, abrir lugar á guerra do despeito, quando não se substituir pelo sacrificio de sua fazenda.

E' portanto *dum lis fervet*, no dizer de Heineccio, que convem romper todo o laço, toda relação entre o tutor e o pupillo. E pois, nega-se substancialmente o merito da lição do Direito Romano, quando se pretende necessaria a prova da suspeição arguida.

Nega-se mais do que isso: nega-se a possibilidade da respectiva applicação pratica; porque, si fosse precisa, para a suspensão do exercicio da tutela, a prova da denuncia, desde que esta se produzisse, deveria ter logar a remoção definitiva.

#### § 7º

b) Nem o sequestro e consequente deposito da menor supprime a suspensão do tutor denunciado.

Obvia é a razão. O deposito não interrompe as relações juridicas oriundas da tutela: os direitos do tutor ficam integralmente mantidos. O deposito apenas põe livre de perigo a pessoa do menor, não a sua fazenda. Como administrador dos bens do orfão, tem o tutor faculdades sufficientemente largas para poder gravar o patrimonio do pupillo.

Nem vale objectar com a responsabilidade civil do tutor, pois é certo que, na lição de Guerreiro, *melius est in tempore occurrere, quam post vulneratam causam remedium quoerere*.

*Curadoria geral dos orfãos, Rio, 1880.*

## CVIII

Da hermeneutica testamentaria. — Algumas regras sobre interpretação de testamentos.

### Promoção

Depois de dispôr sobre varios legados, o inventariado concluiu assim o seu testamento:

“Lego os remanescentes da dita minha terça á minha esposa em signal de amizade reciproca, e a nossos filhos.”

Fallando sobre o calculo do imposto de transmissão *causa mortis*, o Dr. Procurador dos Feitos foi de parecer que o legado dos remanescentes da terça fôra deixado por inteiro á mulher do testador e isso em signal *de amizade reciproca e aos filhos*. E deste modo, pretende excluir os menores, filhos do inventariado.

Absolutamente não concordo.

\_\_\_\_\_

Comecemos por transcrever de novo a verba em questão:

“Lego os remanescentes da dita minha terça á minha esposa em signal de amizade reciproca, e a nossos filhos”

e interpretemol-a segundo as regras da grammatica, da logica e do direito.

\_\_\_\_\_

Antes de tudo convém lembrar a regra de direito — que as disposições testamentarias devem regular-se pelo que está escripto — *Ea quoe ex ipso testamento orientur, necesse est, secundum scripti juris rationem expediri* — frg. 16 *de condit. et demonstr.* (XXXV, 1), ou como se exprime o frg. 19 *de usu et usufr. leg.* (XXXIII, 2) — *plus valet scriptura quam per actum sit.*

Desta regra, na lição de Cujacio, resulta que só se deve indagar da vontade do testador quando são ambiguos os termos da disposição testamentaria — Cuj. in l. 19 *de usu et usufr.*, citando o frg. 25 § 1º *de legatis* 3º, que assim dispõe: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio*. Estas duas formas sob que se apresenta a regra, reune-as o mesmo Cujacio, ad leg. 25 § 1º cit. (*Opera*, vol. 4º, col. 669): *Itaque cum manifesta sunt verba, obscura voluntas, frustra disceptatur de voluntate; cumque manifesta est voluntas, verba ambigua, frustra de verbis sit controversia*.

Mas as palavras da disposição acima transcripta, tendo cada uma dellas significação exclusivamente propria, repellem a possibilidade de qualquer duvida seria.

Temos um periodo composto de duas orações principaes reunidas pela conjuncção copulativa E, sujeitas ambas, á acção do verbo legar:

Lego os remanescentes da minha terça á minha esposa — primeira oração principal, com a incidente — em signal de amizade reciproca —

E

Lego-os aos nossos filhos — segunda oração principal.

Tal é o sentido natural das palavras, que nenhuma ambiguidade ou obscuridade offerecem, formando uma proposição clara e grammaticalmente construida; composta daquellas duas orações, distinctas e independentes entre si, como prova a copulativa *e*, que outra funcção não tem na lingua portugueza, por cujo genio pode ser substituida por qualquer das outras copulativas *bem assim* — *não só, mas tambem* — *tambem etc*. Vid Aulete, *Dicc. da Ling. Port.*; Leoni, *Genio da Ling. Port.*, 2º vol., pag. 204; Freire, *Gramm.*, pag. 140; Sotero e outros. — *Creio que assim é E estou disposto a asseveral-o* — eis um exemplo de Fr. Domingos Vieira.

Portanto, interpretada grammaticalmente, a redacção da verba testamentaria podia ser substituída por est'outra: Lego os remanescentes da minha terça *não só á minha esposa mas tambem* aos nossos filhos — ou — Lego os remanescentes da minha terça á minha esposa *e bem assim* ou *e tambem* aos nossos filhos. Logo, si incivil fôra indagar da vontade do testador quando as palavras de que elle se serviu nenhuma ambiguidade offerecem — *voluntas testatori non est qoerenda si manifesta sunt verba* (Cuj., loc. cit.) — muito mais incivil é argumentar com conjecturas para supprir pelo raciocinio uma vontade, que não só não está escripta mas ainda é literalmente repellida pelo sentido grammatical e logico das palavras do testamento.

Assim firmada a primeira regra dominadora do ponto em questão, concedamos por hypothese que haja logar a indagação da vontade do testador.

Desde já encontramos outra lição de Cujacio, sobre a lei *quidam* 46 *de hered. inst.* (XXVIII, 2) — que não basta a intenção si esta não resultar das palavras do testador. E' deducção logica do frg. 7 § 2º *suppell. legat.* XXXIII, 10): *Si prior atque potentior est, quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur*; isto é, si a intenção precede ás palavras e é mais poderosa do que ellas, todavia não se pode presumir que alguém diga alguma coisa sinão por meio das palavras de que se serviu.

E' por isso que, quando a disposição é tão obscura que impossivel se torna conhecer a vontade do testador, considera-se aquella como não escripta — frg. 73 § 3º *de reg. jur.* (L., 17) *Quoe in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt ac si scripta non essent*. Vide ainda o frg. 3º *de rebus dubius* (XXXIV, 5).

A despeito, porém, de tão positiva lição, indagamos do valor das pretendidas conjecturas do Dr. Procurador Fiscal e ao mesmo tempo curador Geral dos Orfãos. Taes conjecturas tira o honrado representante

da Fazenda já da propria verba em questão, já do testamento em seu contexto, e sem duvida tirará também *aliunde*, isto é, do depoimento do tabellião a fls. 331.

Neste ponto foi de um ecclectismo admiravel.

E' conhecida a controversia sustentada pelos commentadores acerca da theoria das conjecturas sobre disposições testamentarias, theoria que nasceu da interpretação da celebre lei *cum proponebatur 64 de legatis* 2º, que no seu final decide serem admissiveis conjecturas de fideicommisso — *etenim in causa fideicommissi, utcunque precaria voluntas quoreretur, conjectura potuit admitti*. Desta lei tiraram os commentadores certas conjecturas para servirem de subsidio na interpretação dos testamentos; mas taes conjecturas, na expressão de Cujacio (*in lib. X quoest. Papiniani*) *mendacissimoe sunt omnia*. Como quer que seja, é lição corrente, segundo Furgole, *Traité des testam.*, cap. VII, sec. VI, sobre a observação de Gaio na lei *in his 16 de condit. et demonstrat.* (XXXV, I), que o conhecimento da vontade do testador não deve ser deduzido de conjecturas extrinsecas, sinão do proprio testamento; do contrario é, como se exprime o mesmo Furgole, (cap. VII, sec. III) — *imaginer un nombre infini de conjectures sur chaque cas, qui ne servent qu'à faire naître des procès, et à favoriser l'injustice*. O Dr. Procurador não observa regra exclusiva, e abraça todos os systemas. Acompanhemol-o, pois, nas suas tres conjecturas.

I. A primeira deriva elle da expressão — *em signal de amizade reciproca* — e raciocina de modo repugnante com a philologia e com a grammatica portugueza. Opina a fls. 110 que — (*sic*) *o legado do remanescente é apenas para a mulher do testador, sendo a amizade reciproca dos esposos e a para com os filhos o movel para aquelle legado* — e a fls. 120 v. que — *a intenção do testador foi legar os remanescentes apenas á sua mulher e isso em signal de amizade reciproca e aos filhos*.

Si não bastasse a grammatica portugueza para refutar similhante parecer, visto que entre aquella expressão — *em signal de amizade reciproca* — e a outra — *a nossos filhos* — está uma virgula, signal graphico indicador de pausa ou interrupção, e mais a conjuncção copulativa e, cuja funcção como vimos, é reunir orações principaes e distinctas, a significação philologica e etymologica do termo *reciproca* — repelle absolutamente o sentido, evidentemente forçado, que aquella verba ora se empresta.

A frase *a amizade reciproca dos esposos e a para com os os filhos* não tem sentido em portuguez.

*Reciproco* designa volta ou torna de acção ou sentimento entre duas pessoas, assim como *mutuo* designa simplesmente troca; aquella é devida, esta é livre. "A affeição de duas pessoas é *mutua* quando ambas a sentem e *reciproca* quando se volta ou torna sentimento por sentimento. No 1º caso é pura e livre, no 2º acha-se uma especie de dever e reconhecimento. Um marido e uma mulher unem *mutuamente* sua fé, e unem *reciprocamente* deveres que devem cumprir". Fonseca, *Dicc. de synon.*, vb. *Reciproco*.

*Reciprocidade*, define Moraes, é a acção reciproca, ou que reciprocamente se fazem 2 pessoas, uma á outra — *alliança reciproca, cartas reciprocas*.

Para que tu reciproco respondas,

Ardente Amor, á flamma feminina.

Camões, *Luz*. IX, 49.

Jesus e Thereza, reciprocando as vidas, viviam um no outro — Vieira.

*Réciproque* (lat. RECIPROCUS: de RE en arrière et PRO, en avant). Qui a lieu entre deux objects agissant l'un sur l'autre; AMITIÉ RÉCIPROQUE (Larousse, Dicc. du siècle XIX, vb. Réciproque).

Que mais é preciso para demonstrar que aquella expressão — *em signal de amizade reciproca* — só se refere aos esposos e nunca aos filhos? O Egregio Tribunal, com a sua costumada sabedoria, já terá medido toda a extensão daquelle erro.

II. Não se poderia explicar a exclusão dos netos do legado em questão, si nesse legado se comprehendessem os filhos — tal é a segunda conjectura do Dr. Procurador.

Ao que, em contrario á tal conjectura, ficou allegado a fls. 118 v., accresce, a seguinte consideração:

O testador deixou aos netos os seguintes legados: a Godofredo, Aurora e Deolinda, em usufructo, 60 acções da Companhia Paulista ou 13:920\$000 (a 232\$000 cada uma — fls. 113), as quaes, por morte de qualquer delles, passarão para os sobreviventes ou seus herdeiros si os houver; a Tito o usufructo de 10 acções da mesma Companhia ou 2:320\$000, que passarão por sua morte, si fallecer na menoridade, para aquelles primeiros netos; á Elisa o mesmo legado, que reverterá em favor de seus irmãos, si fallecer sem descendencia. Eis, pois, todos os netos contemplados com legados de quota certa. Portanto, como pretender que os filhos foram excluidos do legado dos remanescentes da terça, porque os netos o foram? Os sentimentos christãos que transpiram do testamento, é que antes deviam fazer o Dr. Procurador Fiscal e simultaneamente Curador Geral dos orfãos convencer-se de que está em erro, embora tivesse magro prejuizo a Fazenda Nacional, para não excluir o orfão Avelino do legado que lhe deixou seu pai.

III. O doc. de fls. 331, com a petição de fls. 330, que o produziu no juizo do inventario, demonstra tal identidade de interesses no

Dr. Procurador Fiscal e Curador Geral, que não se sabe quando é que o honrado funcionario officia nesta ou naquella qualidade. E tão fundada é esta duvida que o proprio escrivão da appellação, autuando esta, dá como apelado o Curador Geral dos orfãos, quando é manifesto que o appellado é o representante da Fazenda Provincial, pois que a sentença appellada, ao passo que prejudicou ao menor interessado no inventario, deu ganho de causa á Fazenda.

Aquelle documento, que é o depoimento do tabellião que escreveu o testamento, foi requerido *ad perpetuam rei memoriam* pelo Dr. Procurador Fiscal; entretanto foi o Dr. Curador Geral quem requereu a respectiva juntada, suppondo fazer prova contra a justa interpretação do testamento, e unica que pode favorecer ao menor, cujo advogado elle é.

Por mais de um motivo, porém, nenhuma prova faz semelhante documento:

1º porque a diligencia effectuada é insanavelmente nulla, visto não ter precedido citação dos interessados, que sempre estiveram presentes na comarca — Ord. III, 55 § 9º, Ramalho, *Praxe*; nt. C ao § 200;

2º porque é corrente que a prova testemunhal não se admite sobre disposições de ultima vontade — Furgole, cap. VII, sec. IV. E com effeito, como pode uma testemunha supprir a vontade do testador quando aquella não resulta da forma escripta do testamento? E diz-se testemunha, porque naquelle depoimento o tabellião depôz como tal, não como official publico, que só tem fé quando exerce actos do officio — Ord. I, 24 § 21; Ramalho, § 52.

Eis, portanto, ao que ficam reduzidas as conjecturas do Appellado. A primeira assenta sobre um erro de grammatica e tem, como condição, manifesta violencia imposta á significação natural dos vocabulos da lingua; a segunda é contra-producente, e a ultima tem por base um documento insanavelmente nullo.



Por outro lado, sobejam conjecturas que autorizam a interpretação dada pelo appellante á verba em questão.

Assim o parecer da viuva inventariante, que, muito melhor do que o tabellião, podia saber das intenções do testador, é argumento decisivo. Ella, em cujo favor se quer lançar os remanescentes da terça, não acceita o beneficio, e positivamente diz que os remanescentes não lhe pertencem *totaliter*. Mas a Fazenda Nacional, embora prejudique os legitimos direitos de um menor, quer fazer beneficio contra a vontade do beneficiado, certamente com o unico proposito de augmentar o imposto do legado.

Nem importa que a viuva houvesse a fls. 109 pretendido a divisão igual entre si e seus filhos, e a fls. 121 a metade para si, porque em todo caso, ella, a beneficiada *invita*, não acceita a original interpretação. Tambem o herdeiro João categoricamente declara que, si o Egregio Tribunal entender em sua sabedoria que prevaleça a segunda interpretação dada pela inventariante, submetter-se-á de boa mente porque, respeitando a vontade de sua mãe, honrará a memoria de seu finado pai.

O que é, porem, injusto e o proprio Dr. Curador Geral não toleraria si na hypothese não exagerasse os zelos de Procurador Fiscal, é que subsista a interpretação dada na partilha cuja reforma se confia com a maior segurança á justiça do Egregio Tribunal.

28—3—83.

## CIX

No legado de usufructo, a núa propriedade passa logo aos herdeiros do testador; de modo que, por morte do usufructuario, a consolidação do dominio se opera, pelo direito de representação, nos herdeiros do herdeiro que haja per ventura se finado antes do mesmo usufructuario.

## Promoção

A consolidação do domínio do legado deixado no § 8º do testamento com que se finou o Barão da Silva Gameiro, não pode ser feita unicamente em favor dos legatarios compreendidos na conta de liquidação qual está formulada.

Sem manifesto e violento sacrificio do direito, sem cruel desconhecimento da equidade, não podem ser excluidos da respectiva partilha os filhos da finada D. Luiza Maria Quartim dos Santos, filha legitima do finado Joaquim Maria Quartim, irmão da finada Baroneza da Silva Gameiro, e portanto expressamente contemplada na referida verba.

Sem esforço se descobre a razão por que, da partilha daquelle legado, os liquidantes pretendem excluir os menores filhos de D. Luiza. A supposta razão é que esta, embora houvesse sobrevivido ao testador, morreu antes da Baroneza, legataria do usufructo do dito legado — e no testamento leem-se as seguintes palavras: o restante das acções e as casas já declaradas passarão (por morte da Baroneza) a pertencer em valores iguaes aos sobrinhos de minha mulher, *que então existirem*.

Tal razão não resiste ás lições do direito, o qual, em que peze á legitima consideração que devemos aos liquidantes, formalmente lhes contraria a ambição.

Tanto quanto é possível, no breve termo que nos foi concedido, havemos de o demonstrar.

---

Effectivamente, assim dispõem o testador:

— “Deixo á minha mulher o *usufructo* dos seguintes bens (taes e taes). Por sua morte passarão (alguns, que são os liquidados) a pertencer em valores iguaes aos sobrinhos de minha mulher, *que então existirem*, filhos legitimos de meus cunhados F. F. F. —

Tambem é certo que D. Luiza, filha de um daquelles cunhados, falleceu antes da usufructuaria, sua tia, e deixou filhos legitimos, que são os ora impugnantes.

—————

Transcripta a verba testamentaria, e estabelecidos os actos, tiremos as conclusões de direito:

1<sup>a</sup>

Não se contesta, antes formalmente se confessa, pois duvida não poderia haver a respeito, que no legado supra transcripto não se trata de instituição fideicommissaria, sinão de simples legado de usufructo.

Isto posto, e sendo o usufructo — *o jus alienis rebus utendi fruendi* (l., *de usufr.*, II, 4 pr.) — um desmembramento do dominio, é de necessidade logica que o usufructo presuppõe duas ordens de direitos na mesma coisa — os direitos do senhor da coisa (o proprietario) e os direitos daquelle em favor de quem é o usufructo instituido (o usufructuario) — Lafayette, *Dir. das Cousas*, § 93 n.º 1º — “O usufructo, diz Justiniano no § 1º da Instituta citada, pode de muitos modos ser separado da propriedade: por exemplo, no caso em que um testador lega a alguem o usufructo de uma coisa: porque neste caso o herdeiro conserva a propriedade nua (*nudam proprietatem*), e o legatario o usufructo.” —

Portanto, aberta a successão por morte do testador, a Baroneza da Silva Gameiro adquiriu o usufructo que lhe foi legado, e a propriedade, a *nuda proprietas*, como se exprimia Justiniano, e se exprime o Dec. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 art. 7 § 6º, ou a *propriedade separada*, na expressão dos arts. 25 § 1º e 31 § un. do Dec. n. 5881 de 31 de Março de 1874, passou desde logo, por força do Alv. de 9 de Novembro de 1754 e Ass. de 16 de Fevereiro de 1786, para os

sobrinhos que então existiam, entre os quaes D. Luiza, filhos legitimos dos cunhados do testador, por este nomeados.

D. Luiza, por consequencia, eis que sobreviveu ao testador, adquiriu a co-propriedade dos objectos que na essencia lhe foram legados.

Eis aqui uma lição *ad rem*:

“Ha um aresto do tribunal de Bruxellas, proferido sobre uma especie que não offerecia duvida alguma. Certo testador, depois de haver legado o usufructo de seus bens á sua mulher, accrescenta? “Deixo, *depois da morte de minha mulher*, a todos os meus sobrinhos e sobrinhas minha fortuna igualmente dividida entre elles.” As palavras *depois da morte de minha mulher* constituem termo ou condição? Não se concebe que a questão haja sido agitada. O testamento dispunha do usufructo em favor da mulher, logo, da nua propriedade em proveito dos herdeiros; si o testador fallava da partilha a proceder-se depois da morte da usufructuaria, é porque então o usufructo se reunia á nua propriedade; mas o direito aos bens em nua propriedade se abria pela morte do testador, sinão fôra necessario dizer, *o que é absurdo*, que durante a vida da usufructuaria ninguem tinha a nua propriedade: *pode haver usufructo onde não ha uma propriedade?* — (Laurent, XIII, 536).

## 2ª

Mas si D. Luiza adquiriu a propriedade daquelles objectos, transmittiu-a, morrendo, aos seus herdeiros legitimos, que são os impugnantes — Vid. Gouveia Pinto, *Tr. de Test.*, 6ª ed., pag. 206.

Contra estas conclusões, impostas pela necessidade logica, não pode haver argumento serio.

Nem obstem as expressões do testamento — *que então existirem, filhos legitimos de meus cunhados*.

1º Porque, do contexto da verba, não é possível deduzir o direito de accrescer entre os sobrinhos, filhos dos irmãos da legataria, porquanto o testador não declarou expressamente nem *re tantum*, nem *re et verbis*, nem *verbis tantum*, que só taes sobrinhos succederiam na propriedade uns aos outros, enquanto vivesse a legataria do usufructo.

Si alguém pretender tirar aquella deducção, erra contra os textos e a lição dos escriptores. Por uma de tres formulas pode dar-se o direito de accrescer entre co-legatarios: *re tantum*, *re et verbis*, *verbis tantum*, e por nenhuma dellas se estabeleceu no testamento o pretendido accrescimo. Não pela primeira (*Titio fundum Tusculanum do lego; Mevio eundem fundum Tusculanum do lego*), porque não ha disposições separadas, e são chamados indirectamente todos os sobrinhos da legataria; não pela segunda (*Titio et Mevio fundum Tusculanum do lego*), pela ultima razão anterior; nem pela terceira, porque o testador não designou a cada co-legatario a parte que lhe devia pertencer; e aliás, acerca desta ultima parte, não é liquido que ella produza o direito de accrescer, porquanto, como diz Paulo (fr. 89 *de leg. 3º*). *Semper partes habent legatarii*. E tal é o parecer de Cujas, sobr. a l. 16 *de Leg. 3º*.

E depois, sendo o direito de accrescer o — *jus conjunctionis quo quis vocantem, seu deficientem portionem consequitur* (Mant., Liv. 1º T. 3º n. 14 *De conjunct. ult. volunt.*) — só pode haver a conjuncção quando ha caducidade na verba com relação a um dos chamados. Ora, como vimos, o legado não caducou com relação á D. Luiza, porquanto, por sua morte, passou *ipso jure* aos filhos, que por direito de representação, ora estão no lugar della. *Mero jure*, vêm hoje os filhos entrar no dominio pleno do legado, cuja nua propriedade sua mãe recolhera eis que morreu o testador.

2º Porque, havendo o direito de D. Luiza começado immediatamente depois da morte do testador, a circumstancia de haver morrido antes da legataria do usufructo é indifferente para a transmissão que pretendemos ter-se operado e vamos demonstrando que se operou

em favor dos filhos. Com effeito, si o pleno dominio do legado em questão dependia apenas, para a sua efficacia, da morte da usufructuaria (*passarão por sua morte*), o que designa um termo *ex die*, não menos adquirido estava o direito, qual si houvesse desde logo sido legado de modo pleno e puro, porquanto, como se exprime Savigny — *après la mort, il ne peut y avoir aucun intervalle pendant lequel le défunt ne soit pas représenté* — o que quer dizer, e aliás é vulgar, que o termo não diz respeito á substancia do direito, que é logo adquirido, mas tão somente lhe suspende a efficacia. — *Denique*, diz Just, no § 9º de *her. inst.* II, 14: *denique diem adjectum habere pro supervacuo placet: et perinde esse, ac si purè heres institutus esset.*

3º Porque, e é também vulgar, a herança uma vez adquirida, fica-o para sempre — frg. 88 de *her. inst.*; fr. § 2º de *liberis*; fr. 3 § 10 de *minor: sine dubio heres manebit, qui semel exstitit.* Ou, como se exprimem os autores modernos: *Semel heres, semper heres.* — E o que em regra se diz dos herdeiros, applica-se aos legatarios com relação ao legado — Maynz, § 471. — A unica restricção ao principio se dá no caso de instituição fideicommissaria — Savigny, § CXXVII, A. — ao que é extranha a especie dos autos.

4º Porque, si quizerem ver no — *que então existirem* — uma verdadeira *condição*, o que parece repugnante com a economia do direito, segundo a qual deixa de haver condição si o acontecimento é certo embora incerto o quando, e nada mais certo do que a morte — Savigny, §§ CXVI e CXXV — ainda assim por morte de D. Luiza adquiriram os filhos o direito condicional. E' o principio do nosso direito, consagrado por Mello, L. 3º, Tit. 9º § 13 — *In conditionalis transmittitur spes debitum iri.* Conc. Trigo de Loureiro, § 330; Gouv. Pinto, pag. 206.

Portanto, por todas estas considerações, lançadas ao correr da penna, sem previa coordenação, e para cuja deficiencia pedimos os doutos supplementos do integro Juiz Provedor, a unica conclusão é a que ensina Covarruv., Tom. 2, Var. Resol. L. 2º Cap. 2º n. 5 ibi: ... *jure tamen verius est legatum hoc validum esse, et statim institutum post usufructuarii mortem heredem ipse adire posse* ET TRANSMITTERE TANQUAM JURE INSTITUTUM.

Nestes termos, e porque se trata de simples questão de direito, que nunca se reputa de alta indagação, é de esperar que se reforme a liquidação feita, no sentido de serem contemplados os filhos da legataria D. Luiza, e dividida proporcionalmente por elles a quarta, parte que competeria á sua finada mãe.

E. R. M.<sup>ce</sup>

23—4—84.

## CX

1º Nas acções divisorias, a contestação do promovidos, bem como a treplica, devem ser produzidas em um só prazo e em um só acto.

2º Si além da materia commum aos promovidos, houver materia peculiar a cada um, aquella constituirá um capitulo da contestação ou treplica, e esta formará tantos capitulos quantos forem os promovidos respectivos.

3º E' irregular a apresentação de mais de uma contestação, e o meio de sanar a irregularidade é serem as contestações havidas como uma só, e correr a prova sobre os artigos como si fossem um só articulado.

4º Comquanto não seja nulla a contestação assignada por um procurador illegitimo e um advogado, não deve o procurador continuar a funcionar na causa.

Em acção de divisão de terras, assignado em audiencia o termo para contestação, compareceram varios promovidos, que requereram vista por petições separadas.

Sendo successivamente deferidas essas petições, o escrivão, também successivamente, foi abrindo a vista e juntando aos autos as contestações, em numero de quatro.

A contestação de um dos promovidos foi cumulativamente assignada por advogado e por um procurador, que não tem provisão para advogar no fôro da comarca.

### **Pergunta-se:**

1º Está regular o processo, ou aliás uma só devia ser a contestação?

2º Si está irregular, qual o remedio para sanar o vicio?

3º E quanto ao procurador?

### **Resposta**

1º Sem duvida me parece que uma só devia ser a contestação, o que tentarei demonstrar por longa serie de argumentos.

a) A logica do processo ensina que toda acção é em synthese o meio de resolver a opposição latente ou patente entre duas preterições juridicas, ou pelo menos apparentemente juridicas; é uma lucta judicial entre das intenções contrarias.

A formalistica judiciaria, consoantemente, também nos ensina que em toda acção se biparte, em linhas fronteiras, a liça dos justadores. De um lado está um direito, uma pretenção; do outro, o direito opposto, a pretenção adversa. Ali, o autor; aqui, o réo. Aquelle arma-se do libello, completado pela replica; este, da contestação, rematada pela treplica. Com estas quatro peças se aperfeiçôa a *litiscontestatio*.

Logo, si não ha acção com dous libellos, não a pode haver com mais de uma contestação. — Vide a nossa *Theoria do Proc.*, 2º vol., § 74.



b) Ainda a logica judiciaria nos mostra, por argumento *a fortiori* ou de maior razão, que outra não pode ser a these.

Naquelle duello de pretenções, entre o autor e o réo — *is qui agitur, is unde petitur* — não vê o juiz sinão as duas intenções adversas: por mais que se desdobrem os respectivos sujeitos, elle não conta o numero dos litigantes, sinão e unicamente analysa a relação de direito em debate para declarar definitivamente em qual dos dois lados se deve ella incorporar.

Daqui nascem a theoria legal do consorcio na lide e a especialização dos denominados *litisconsortes*, quando varios *creditores* ou *debitores* accionam ou são accionados em um pleito só. Assim como, então, por um só libello, qualquer que seja o numero dos autores, se lançamos fundamentos da acção e se lhe fixa o objecto, assim tambem, sejam muitos embora os réos, por uma só contestação se deve estabelecer a base da defesa, sejam embora varios os factos articulandos. E si ainda não se viu acção alguma em juizo com varios libellos porque varios são os que pedem, porque se haveria de ver mais de uma contestação porque dois ou mais são aquelles de quem os primeiros pedem?

Logo, na acção de divisão e demarcação de terras, em que os promovidos teem todos em commum o interesse de excluir integral ou parcialmente a pretenção dos promoventes, tenho como violento desproposito receber tantas contestações quantos forem os promovidos que tiverem acudido á citação.

c) O principio juridico legitimativo das leis processuaes (cit. *Theoria*, 1º vol., § 5) impõe, como dogma judiciario, que se mantenha, na formalização da demanda, perfeita igualdade entre os litigantes, não passando de incoherente e infundado prejuizo forense o pretendido adagio — que o réo é mais favorecido do que o autor — *id.*, § 56).

Mas em que ficaria esse principio si, para responder ao unico libello dos promoventes, tivessem entrada em juizo tantas contestações quantos os promovidos?

E tal desigualdade se avolumaria si, para victoria dos formularios, se desse a todos os promoventes uma só vista para uma replica só, e depois, para gloria da nova regra ora iniciada, aos promovidos, vista para a treplica tantas vezes quantas se lhes deu para a contestação.

Pois não bastaria isto para condemnação do procedimento havido?

d) O principio politico-economico do processo (cit. § 5 ns. III e IV) exige maxima redução quantitativa e simplificação morphologica dos termos do processo — *id.*, § 68). Rapidez e economia — eis o substracto das modernas tendencias legislativas.

Na corrente caudal das nossas novas leis republicanas, é justamente o Dec. n. 720 de 5 de Setembro de 1890 — sobre divisão e demarcação de terras particulares — o que talvez mais se approximasse do referido principio. A promessa feita em seu preambulo — de que *vinha simplificar o processo daquella divisão e demarcação, poupando ás partes despesas e delongas* — traduziu-se em varias verdades praticas, cada vez mais apreciadas.

Como, pois, abrigar á sombra de tão util reforma a insolita extravagancia de tantas contestações quantos os promovidos? Si o direito destes nenhum prejuizo soffreria si todos articulassem uma só contestação, não será contrariar grosseiramente o espirito da lei o fazer aquelle luxuoso desdobramento de uma formula do processo, augmentando injustificadamente as respectivas despesas judiciais?

E foi sem duvida por considerações desta ordem que, de ha muito já, o classico Corrêa Telles, nt. 2<sup>a</sup> ao § 560 da sua *Doutrina das Acções* — lição que o eximio Teixeira de Freitas reproduz na nt. 901 da sua

edic. daquela *Doutrina* — ensinára que — “sendo dois ou mais os Réos de uma causa, podem *ser obrigados* a constituir um só procurador, para evitar delongas que da nomeação de muitos procuradores resultariam.”

E’ assim que se exprimiam os mestres.

c) Ainda a logica judiciaria, por argumentos *a contrario*, que são, na phrase de Bain, os atletas da demonstração, poderosamente soccorre a doutrina que vamos sustentando.

Regulando o processo do concurso de preferencias, bem como o da opposição, a lei é expressa em mandar que cada qual dos preferentes, naquelle concurso, assim como o autor e o réo, no caso da opposição, tenha um por um vista successiva para allegar de seu direito.

Logo, pretende-se *ex-adverso*, a pluralidade de contestações tambem se deve admittir na especie em questão.

Absolutamente não, dizemos nós. Aliás a conclusão deve ser a diametralmente contraria; quero dizer: precisamente porque a lei, só naquelles casos, foi expressa em multiplicar as peças da contestação pelo numero dos contestantes, segue-se logicamente que nos demais tal multiplicação não é admissivel.

Eis agora a demonstração logica deste asserto.

No concurso de preferencias era indispensavel que cada preferente tivesse termo separado para produzir contestação sua porque, sendo cada qual credor, por titulo proprio, do devedor commum, de modo que cada um exclue a pretensão de todos outros, seria violentar a logica do processo o mandar que se accumulassem em uma só contestação pretenções entre si contrarias.

O mesmo na opposição, que sendo a acção de terceiro para excluir tanto o autor como o réo, fora o cumulo da extravagancia em

logica, que na phrase de Stuart Mill, é a propria sciencia da prova (Bain, *Log. deduc. et induc.*, 1º vol., n. 49), sujeitar o autor e o réo da causa principal a uma só e mesma contestação, elles que reciprocamente têm interesses e razões antagonicas.

Logo, *a contrario sensu*, uma vez que, na acção sujeita, juntam-se os promovidos no commum interesse de repellir a pretensão dos promoventes, uma só deve ser a contestação.

f) Tambem se pretende que, tendo a lei sido expressa em mandar que *os litisconsortes digam afinal todos por um só advogado dentro do mesmo termo* (Reg. n. 737, art. 227), si tivesse querido que o mesmo se observasse quanto á contestação, assim teria disposto.

Falso é o argumento porque desconhece a discriminação, quanto á respectiva natureza, que o direito judiciario firma entre uma e outra daquellas peças do processo.

A contestação é um dos elementos do processo em cuja synthese se congloba o duplo momento gerador de toda acção: uma relação de direito preexistente e sua violação, ou consummada ou imminente apenas. Assim como sem essa pre-existencia de uma relação de direito não se concebe *facultas agendi*, assim tambem sem aquella violação, que é a *ratio agendi*, qualquer acção em movimento forense é inconcebivel.

Ora, traçando a synthese chronographica do processo, a lei, obedecendo á logica judiciaria, não podia deixar de prescrever, e prescreveu, que na ordenação do litigio se houvessem como necessidades organicas a proposição da demanda (o libello) e a defesa ou resposta do réo (a contestação.)

E porque taes são as *partes necessarias* de qualquer acção, pode a relação de direito accionada ou a que se lhe oppõe em defeza se desdobrar por qualquer numero de autores ou de reos, que a logica

processual só vê, de um lado da liça, *a parte accionante*, com o seu libello, e do outro, *a parte accionada*, com a sua contestação. Que necessidade havia de fazer explicita a inibição de muitos libellos ou de muitas contestações na mesma causa, si essa multiplicidade repugnava com a elementar organização do processo?

Portanto, quando o art. 68 do Reg. n. 737 prescreve que na audiencia para a qual fôr o *réo* citado deve o *autor* propor a acção; e o art. 73 que, proposta a acção, na mesma audiencia se assignará o termo de dez dias para *a contestação*; e o art. 97 aquillo que o *réo* deve inserir *na contestação*, e o art. 101 que, offerecida a contestação, terão vista por dez dias *cada um*, o autor para replicar e o *réo* para treplicar; quando o art. 32 do Dec. n. 720 diz que accusadas as citações e feita a louvação dos peritos para a divisão das terras em acção, se considerará *proposta a acção é contestada a lide*; e o art. 33 que é concedido *ao réo* o termo de dez dias para a contestação; e o art. 36 literalmente reproduz o art. 101 do cit. Reg. n. 737 — em todas essas disposições as palavras *autor* e *réo* não designam precisamente um individuo, mas uma entidade figurante necessariamente no processo, quer se componha de um individuo unico quer de mais; e a locução *cada um* indica um e outro daquelles referidos elementos visceraes de toda acção, isto é, cada uma das partes, singular ou collectivamente considerada.

Entretanto, já não é assim com as razões finaes, que não são termo essencial do processo, que podem ser escriptas e produzidas mesmo em cartorio, independentemente de termo de vista, por simples dissertações á guisa de esclarecimentos sobre o facto e o direito. Então, para que se não sacrificasse o principio da economia morphologica do processo, prevenindo que cada litigante, individualmente considerado, viesse com suas razões finaes, inconveniente que não achava formal obstaculo no rigorismo organico da acção, entendeu acertadamente a lei fazer explicito para as allegações finaes o que implicitamente se devia entender com relação ás peças articuladas.

Aquelle argumento é, pois, contraproducente.

g) O art. 72 do Reg. n. 737 poderosamente apoia a nossa doutrina. Pois si no caso de serem muitos os réos e não poderem ser todos citados para a mesma audiencia, só na em que fôr accusada a ultima citação é que o autor proporá a acção, visto é que a lei não considera individualmente os réos, mas collectivamente. Aliás teria o autor de offerecer o libello na audiencia em que accusasse a primeira citação effectuada, para que o citado viesse desde logo com a sua contestação e não ficasse, por facto de outrem, mais longo tempo sujeito aos perniciosos effeitos da citação, como a litigiosidade dos bens, a cessação do direito aos fructos, os juros da mora e outros.

E assim com o réo que acudisse em segundo lugar, e depois com o terceiro e até o ultimo. No fim... que cahos!

Já se vê que o absurdo é grande arma nas mãos da logica.

h) Ainda a varios outros absurdos leva o procedimento denunciado na consulta, *verbi gratia*:

1. O autor só é obrigado a depôr *uma vez* aos artigos da contestação ou defesa: havendo tantas contestações quantos forem os réos, será elle obrigado a depôr outras tantas vezes? Absolutamente não. Logo, ou não é admissivel mais de uma contestação ou todos os contestantes menos um verão prejudicado o seu direito de ouvir o autor sobre a defesa que por ventura a cada qual fôr peculiar.

Mas isto é absurdo.

Logo, todos os réos se devem defender por uma só contestação, em cujos artigos se poderá produzir materia attinente a cada um delles ou a grupos destacados.

2. No § 168 da *Theoria do Processo* (2º vol., pag. 270) demonstrámos que ainda vigora a Ord. Liv. 73 Tit. 35 § 2 na parte em que permite se ouvirem até quinze testemunhas sobre cada artigo do libello ou da contestação quando forem diversos esses artigos ou até vinte sobre todos elles, si o não forem.

Agora pergunto: havendo quatro, dez, vinte ou mais contestações, poderão depôr oitenta, duzentas, quatrocentas ou mais testemunhas? Ninguém dirá que não.

Mas que absurdo que fresco modo de observar o principio da economia processual, que foi a *mens* e a *ratio* do Dec. n. 720, que na especie da consulta se quer executar!

3. Havendo quatro ou mais contestações, será o autor obrigado a pagar tantas vezes a respectiva taxa de custas quantas forem ellas?

Nunca.

Logo, ou uma só contestação ou, a vingar a doutrina opposta, réos vencedores ficarão sem direito ás custas da contestação!

Onde estará o absurdo?

\_\_\_\_\_

E não acabaria essa serie de argumentos si a quizessemos prolongar.

Respondo, portanto, ao 1º quesito — que uma só devia ser a contestação.

\_\_\_\_\_

2º) Facil é o remedio para sanar a irregularidade havida: haver as contestações produzidas como si fossem uma só; vindo depois os promoventes com a sua replica e os promovidos conjunctamente com a treplica.

A prova sobre as contestações correrá sobre os diversos artigos como si estes tivessem sido produzidos em uma peça unica. E assim deve ser porque, sendo varios os réos, a cada qual delles é licito, na contestação conjuncta, articular materia que lhe respeita isoladamente.

---

3º) Quanto á circumstancia de ter sido uma das contestações assignada por falso procurador, que tal é o illegitimo, essa não annulla a contestação uma vez que está tambem assignada por advogado. *Utile per inutile non vitiatur*.

Mas o procurador é que não deverá continuar a funcionar na causa. Não poderá inquirir testemunhas, tomar depoimentos, fazer direito a custas, etc., etc.

---

Tal é meu parecer, que submetto á censura dos doutos.

Dezembro, 1901.

## CXI

— Contestada a lide na acção *communi dividundo*, não é licito a nenhum dos communheiros alienar a coisa dividunda.

— Nulla é a alienação como de coisa litigiosa.

— Contra o alienante, e não contra o adquirente, deve proseguir a acção.

## Proposta

Martinho e Luiz são communheiros no sitio *Santa Cruz*. Aquelle propoz contra este a acção *communi dividundo*.



Tendo Luiz sido lançado do termo assignado para contestar a acção, Martinho, sem que precedesse consentimento de Luiz, vendeu a parte que tinha na coisa dividunda.

### Pergunta-se:

a) E' valida esta venda?

b) Com quem devem proseguir os mais termos da acção? com Martinho ou com o comprador?

### Resposta

Com o lançamento de Luiz do termo que lhe fôra assignado para contestar a *communi dividundo*, proposta por Martinho, ficou a lide contestada — Ord. III, 20 §§ 19 e 21. *Definitivamente ficou fixado o objecto do litigio*, na phrase de Savigny — *Dir. rom.*, VI, 9; Ramalho, *Praxe*, § 140.

Desde então, e só desde então, ficou a coisa litigiosa — Ord. IV, 10 §§ 1º e 2º. E dizemos *só desde então* porque a acção *communi dividundo* não é meramente pessoal, mas das chamadas mixtas ou *in rem scriptoe* — § 20 *Inst. de action.*; Maynz, *Droit. rom.*, § 137 — e nestas acções não basta a citação para fazer litigiosa a coisa, não obstante o Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 59, por não ser applicavel ás acções especiaes nelle não comprehendidas — Dec. n. 763 de 19 de Setembro de 1890, art. 1º § unico.

Mas nulla é a alienação de coisa litigiosa — cit. Ord. IV, 10 § 3º.

Portanto, Martinho não podia alienar a parte que tinha na coisa dividunda, antes que a divisão fosse terminada por sentença irrevogavel; e tal venda é nulla.

Não nos parece que seja o caso da const. 3ª *comm. divid.*, nem do fr. 12 *de alien. jud. mutandi causa facta*, pois que, quer no

Código, quer no Digesto, se figura a hypothese de não haver lide entre os communheiros; tanto, que a venda feita por um sem o consentimento do outro não se annulla, dando-se apenas resarcimento do damno soffrido por aquelle contra quem a venda foi feita — dá-se apenas uma *restitutio* no valor — Glück, *Pand.*, § 473.

Fazemos esta observação para mostrar que indifferente é a circumstancia do não consentimento de Luiz, a que se allude na proposta. A prohibição da venda de coisa litigiosa é de ordem publica; as partes não podem nella dispensar.

b)

Responde o citado Glück, § 474, na versão italiana de Lando Landucci: "Se il processo è già incominciato, e la lis già *contestata*, la res è *litigiosa* e la sua alienazione è nulla. Il processo allora prosegue contro l'alienante, poichè il terzo cui la cosa fu alienata, non vi ha acquistato diritto di sorta."

*Sub censura.*

*Novembro de 96.*

## CXII

— A *nunção de obra nova* não é acção competente para impedir a abertura de estrada.

— Nem se accumulando com a de manutenção.

— Mas a despeito da accumulação, velerá a ultima desde que foi regularmente processada.

## Proposta

A Camara Municipal do municipio A. mandou construir uma estrada de rodagem entre a séde de seu municipio e uma povoação do municipio visinho. Essa estrada passa em terras de Maria, por onde foi

traçado o seu plano. Ao entrar a picada, para a abertura da estrada, nos matos da fazenda de Maria, esta embargou-a, propondo contra a Camara acção de obra nova, conjuntamente com a de manutenção, afim de impedir a servidão de transito, que a Camara lhe ia impôr, sem ouvil-a sobre a desapropriação do terreno, por onde teria de passar a estrada, e manter a posse de sua propriedade integralmente, enquanto não fosse ella ouvida regularmente, sobre a desapropriação.

Reconhecido o direito de Maria em primeira instancia, a Camara proseguiu na abertura da estrada. Houve artigos de attentado propostos por Maria e subindo a causa á Relação, esta, em grau de appellação, annullou todo o processado, considerando que a acção de obra nova era incompetente, e citando Ribas, *Acc. Prosses.*, pag. 299.

Tendo se proposto as duas acções cumulativamente, pergunta-se:

1º

A acção de embargo de obra nova é ou não tambem competente para o caso, tratando-se de impôr uma servidão de transito nas terras de Maria, abrindo a Camara uma estrada nellas, sem ouvil-a, em continuação da que mandou construir?

2º

Não sendo procedente e tendo-se proposto cumulativamente essa acção com a de manutenção, pode a Relação annullar o processado, despresando a acção de manutenção, que reconhece apropriada ao caso?

### **Resposta**

E' certo que a acção de embargo de obra nova é a que protege as servidões, competindo ao sujeito de alguma servidão contra quem,

com prejuizo della, edifica em sólo ou predio *proprio* ou constróe sobre obra já feita, mudando-se a condição do logar, — fr. 1º § 12, *de nov. op. nunt.* (XXXIX, 1); *idem*, § 16; Ord. III, 78 § 4º; Corrêa Telles, *Dout. das Acções*, § 307; Pisanelli, *Com.* II, n. 957; Nicola Ricco, *Della denunzia di nuova opera*, c. 1º E é por isso que Ribas nos dá a lição referida na proposta, e que fundamentou o Accordam de que se trata; isto é, quando o autor da obra que nos é prejudicial a constróe em terreno nosso, nós temos, não a *nuntiatio novi operis*, mas a manutenção.

Isto posto, parece que a proposta acção de obra nova não era a competente no caso exposto.

Portanto, si, com a *nuntiatio*, Maria propôz também a acção de manutenção, não é licito reger a especie pelo principio do concurso de acções, pois tal recurso só pode aproveitar quando as acções concurretes não forem entre si incompatíveis. Vide a minha *Theoria do Processo Civil e Commercial*, § 26 e suas notas.

Entretanto, como é principio de direito universal e da mais pura razão, que *utile per inutile non vitiatur*, desde que a materia da manutenção foi regularmente processada, e pela verdade sabida dos autos podia se conhecer della, não havia razão para se annullar todo o feito.

Demais, o nome da acção pouco importa desde que aquella que fôr proposta seja habil para a protecção devida ao direito lesado (Vide a nota 4 § 20 da cit. *Theoria do Processo*), e a proposta manutenção, abstracção feita da nunciação de obra nova, mais habil não podia ser.

Portanto, respondo negativamente aos dous quesitos propostos.

Salvo melhor juizo.

*Dezembro de 1899.*

### CXIII

— O processo executivo para cobrança de honorarios de advocacia só tem logar nos casos do art. 202 do Dec. nº 5737 de 2 de Setembro de 1874.

#### Proposta

O Dr. X., advogado no Estado do Paraná, por simples estimação de honorarios feita na propria petição, requereu e obteve mandado executivo contra H., proseguindo-se nos termos da respectiva penhora.

Foi regular este procedimento?

#### Resposta

Respondo no presupposto de não haver na legislação processual do Estado do Paraná, que não conheço, alguma disposição, sobre o assumpto, dissonante do direito geral.

Isto posto, direi desde logo que difficilmente se imaginará procedimento mais violento e injuridico.

Sem contrato, assignado pelo advogado e seu cliente, em que se haja fixado a importancia *certa e liquida* do respectivo honorario, ou, na falta de contracto escripto, sem certidão das custas contadas segundo as taxas do Regimento, não compete aos advogados o processo executivo para cobrança de seus honorarios — Dec. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874, art. 202 § 1º.

E a razão é porque o processo executivo só cabe quando por ser *certa e liquida* a divida exequenda, o autor vem a juizo com a sua *intenção de facto ou de direito*, como, a respeito da Fazenda Publica, se exprimia o art. 2º do Dec. n. 9885 de 29 de Fevereiro de 1888, reproduzido no art. 190 do Dec. n. 848 de 11 de Outubro de 1890. E quando é que a divida se diz *certa e liquida* está taxativamente explicado no citado art. 2º do Dec. n. 9885, consoante os ensinamentos theoricos

da materia, brilhantemente expostos por Giorgio Giorgi, *Teoria delle Obbligazioni*, vol. 8º, 3º ed. n. 20. Credito certo e liquido se diz daquelle a cujo respeito não é possível litigio ou não se pode duvidar *an, quid, quale, quantum debeatur*. — Vid. Pothier, *Obligations*, n. 628.

Mas então o Fisco ha de ter mais onus do que o advogado no modo legal de respectivamente provarem, aquelle e este, o seu direito?

A resposta negativa, é portanto, de evidencia solar.

*Junho, 1892.*

#### **CXIV**

— Uma questão de partilhas.

— Como se deve dividir entre viuvo e herdeiros herança composta de bens diversos com uma só avaliação.

#### **Exposição**

Por morte de Maria, a fazenda *Cajueiro*, pertencente ao casal, e compreendendo casas, e bemfeitorias, foi avaliada em 100:000\$000.

Feita a partilha entre o viuvo meeiro e os filhos, a meiação do viuvo, ou 50:000\$000, ficou constituída em casas, terras e bemfeitorias, e a dos orfãos, ou 50:000\$000, em terras somente.

#### **Pergunta-se:**

Como se ha de fazer a divisão?

#### **Resposta**

Bem ponderada a especie, penso que a divisão de que se trata, verdadeira liquidação entre o viuvo e os filhos, deve ser feita do seguinte modo:

Preciso é que se determine qual o valor das casas e bemfeitorias, calculado ao tempo da avaliação, para que, ajuntando-se a este valor quanto baste em terras, pelo valor de então, para perfazer a meiação do viuvo, determinar-se *ipso facto* qual a quantidade de terras que pertencem aos menores, como successores da outra meiação.

Assim, supponha-se que as terras valem 80 e as casas e bemfeitorias 20. Temos:

Meiação do viuvo:

casas e bemfeitorias = 20

terras..... = 30 50

Meiação dos orfãos:

terras..... = 50 100

Não vejo outra solução, salvo melhor parecer.

*Outubro, 95.*

### CXV

a) Em regra, as Camaras Municipaes não gozam da acção executiva sinão para a cobrança dos impostos e multas municipaes.

b) Os advogados das camaras Municipaes não precisam juntar instrumento de procuração aos autos de cada causa em que funccionem naquella qualidade.

c) Só pode arguir nullidades aquelle a quem possa aproveitar a respectiva pronunciação.

d) A disposição do art. 16 do Dec. n. 169-A de 19 de Janeiro de 1890 só comprehende o caso em que não esteja ainda vencida a divida hypothecaria.

e) Não são compossiveis duas penhoras sobre o mesmo predio.

## Exposição

A Camara Municipal de Cataguazes, fundada nas disposições da lei mineira n. 2 de 14 de Setembro de 1891, art. 49 § unico (que diz que compete á Camara o processo executivo para cobrança das rendas municipaes, dos rendimentos de seus bens e das multas que lhe pertencerem, gozando a fazenda municipal dos mesmos privilegios da do Estado, sendo os seus agentes sujeitos, quanto a alcances e extravio de dinheiros publicos, ás mesmas disposições relativas aos exactores do Estado), da lei n. 17 de 20 de Novembro de 1891, art. 3º n. 11 (que manda que nas causas fiscaes se observe o processo estabelecido no Decr. n. 9885 de 29 de Fevereiro de 1888), requereu que se fizesse sequestro nos bens de seu devedor J. B., que tinha sido encarregado de receber impostos de contribuintes em atraso.

O devedor e sua mulher foram citados por edital, depois de justificada convenientemente a ausencia de ambos. Findo o prazo do edital, accusadas as citações e assignado o prazo para embargos, compareceu d. Virginia, que offereceu embargos, allegando o seguinte:

1º Que o credor hypothecario tem a faculdade de defender por via de embargos os seus direitos e privilegios para o fim de obstar á venda do immovel hypothecado, em quaesquer execuções promovidas por credores chyrographarios contra o devedor commum;

2º Que ella embargante é credora hypothecaria do devedor da Camara, por escriptura de 15 de Maio de 1900;

3º Que propôz contra seu devedor, com previo sequestro, a respectiva acção executiva e, portanto, que só esta acção devia ter andamento, devendo os embargos ser julgados provados para esse effeito;

4º Que o processo promovido pela Camara era nullo:



a) Por ter funcionado como advogado da Camara contra um ausente, o Dr. Arthur, promotor de justiça effectivo;

b) porque o executivo fiscal não é o meio habil de que a Camara devia ter lançado mão contra o seu devedor, só lhe cabendo acção ordinaria.

Antes de apresentados esses embargos, o Dr. Arthur dirigiu uma petição ao juiz reconhecendo o seu impedimento; então o Agente Executivo Municipal constituiu seu procurador o Dr. Astolpho, que, tambem antes da apresentação dos embargos e antes da accusação da citação, juntou aos autos a sua procuração.

Antes de subirem os autos á conclusão para o juiz conhecer dos embargos, para despresal-os ou recebel-os, e antes de findo o prazo de 10 dias assignado aos réos para defesa, o Agente Executivo fez uma petição ao juiz, assignada por elle proprio, dizendo que dava por bons e tinha como validos os actos praticados pelo Dr. Arthur, e pedia que se tomasse por termo a ratificação do processado.

Foi tomado nos autos este termo de ratificação.

Tinha o juiz, porém, despachado a petição, mandando que fosse ouvida a parte contraria. A Camara fez uma reclamação contra esse despacho, allegando que a ratificação independia da audiencia ou do assentimento da parte contraria; e quando essa audiencia ou consentimento fossem exigidos, não podiam ser tomados, devido á ausencia da parte contraria.

O curador dos ausentes e o promotor *ad hoc* concordaram com a ratificação.

O juiz, porém, disse que a *parte contraria*, a que se referia no seu despacho, era a embargante d. Virginia.

A Camara não se conformou com esse despacho e agravou de instrumento para o Tribunal da Relação, com fundamento no § 15 do art. 669 do Reg. 737, allegando que o *juiz se recusava a tomar conhecimento dos embargos*, exigindo um acto que a Camara julgava contrario á lei, como era a audiencia ou o assentimento da 3ª embargante para a ratificação dos termos do processo.

*Esta exposição vae instruida com as copias das petições de ambos as partes e com a minuta e contra-minuta do agravo.*

Cumpre ainda accrescentar o seguinte:

O Dr. Arthur, promotor da justiça da comarca, foi nomeado em o anno passado *advogado* da Camara Municipal, com poderes para agir em nome d'ella activa e passivamente em qualquer questão. O acto foi oficialmente publicado pela imprensa e o titulo está registrado na secretaria municipal.

J. B. não é bacharel em direito nem tem provisão para advogar; foi encarregado pelo Agente Executivo de proceder á cobrança de impostos devidos, por contribuintes em atraso.

Isto posto,

### **Pergunta-se:**

1º

Tem a Camara direito ao meio executivo para cobrança da referida conta, devidamente extrahida dos livros em que foi lançada?

2º

Precisava o Dr. Arthur, como advogado que é da Camara, juntar procuração especial do Agente Executivo para a causa?

3º

E' valida a ratificação feita pela Camara por termo nos autos, ou dependia ella do consentimento ou da audiência da 3ª embargante?

4ª

Tem a 3ª embargante, D. Virginia, o direito de allegar as nullidades do processo, ou esse direito só cabia ao réo?

5ª

São de receber os embargos de credora hypothecaria oppostos por D. Virginia, sendo o devedor insolvel e tratando-se de hypotheca vencida?

6º

Deve ser provido o agravo?

### ***Segunda Parte***

No mesmo dia 28 de Fevereiro, em que a Camara fez o sequestro e o deposito do immovel, D. Virginia, juntando a escriptura de *hypotheca vencida*, requereu tambem o sequestro e o deposito do mesmo immovel. Prova-se, porém, com o auto de deposito e carta do depositario, que esse deposito foi posterior ao da Camara.

D. Virginia não justificou com testemunhas a ausencia do devedor; juntou certidão de uma justificação produzida outro feito entre outras partes e fez extrahir o edital.

Convertido, em audiencia, o sequestro em penhora e assignado o prazo para embargos, a Camara fez um protesto, por petição, e tomado por termo, contra a acção de D. Virginia, allegando prioridade da sua acção por não poder o mesmo nullidade ser objecto de duas

penhoras e de dois depósitos, nullidade da acção, por falta de justificação da ausencia do devedor.

Allegou ainda que a ausencia da mulher não tinha sido justificada por forma alguma, nem por documentos, nem por testemunhas. D. Virginia contra-protestou por petição e juntou aos autos certidão da justificação produzida pela Camara.

O juiz julgou a penhora por sentença.

Dessa sentença a Camara interpoz appellação, como 3<sup>a</sup> prejudicada; o juiz concedeu a appellação, mas diante de reclamação da parte contraria declarou-a sem effeito.

A Camara Municipal interpoz o recurso de agravo.

Ha ainda outra nullidade do processo allegada pela Camara: o não ter precedido para a louvação intimação dos ausentes por pregão, tendo sido intimados da sentença que julgou a penhora e citados para a louvação apenas o promotor da justiça e o curador dos ausentes.

*E' instruida esta exposição com copias das petições de uma e outra parte, e da minuta e contra-minuta do agravo.*

Assim exposto,

### **Pergunta-se:**

1<sup>o</sup>

E' valida a penhora feita por D. Virginia, estando já a casa penhorada e depositada a requerimento da Camara?

Ou, por outra: Pode o mesmo objecto ser susceptivel de duas penhoras e dois depósitos?

2º

São validas as justificações de ausencia feitas por D. Virginia pelo modo exposto?

3º

Pode a sentença de penhora ser executada e feita a louvação sem intimação e citação dos ausentes por pregão, e apenas com as do curador e promotor?

4º

Pode a Camara, como terceira prejudicada, interpor appellação e na 2ª instancia allegar essas nullidades?

5º

Deve ser provido o seu agravo?

6º

Sendo a divida fiscal *anterior* á hypotheca, qual tem preferencia?

### **Resposta**

Lida e bem ponderada toda a materia allegada nos papeis juntos, a saber:

a) Exposição feita pela Camara Municipal de Cataguazes (Minas) do occorrido nos autos do processo executivo por ella movido contra J. B., que havia sido encarregado de receber impostos de contribuintes em atraso, e nos da acção hypothecaria que contra o mesmo J. B. move D. Virginia, sendo que no primeiro processo se penhorou o predio que faz objecto da hypotheca de que é credora a referida D. Virginia;

b) Copia das petições, despachos, minutas e contra-minutas dos agravos em ambos os processos produzido —

sem necessidade de repisar nas regras de direito e de processo applicaveis ao caso, por serem, como effectivamente são, rudimentares, e, por isso, indiscutíveis —

passo a responder aos quesitos que, em duas series, me foram propostos:

### ***Primeira serie***

#### *1º)*

Em regra não gozam as Camaras Municipaes da acção executiva sinão para a cobrança de impostos e multas municipaes. A razão é porque, lançado o imposto, fica, desde logo, todo municipe, só pelo facto de o ser, obrigado á respectiva prestação, bem como á das multas prescriptas para o caso de móra; de modo que, do simples facto do lançamento, se induz a prova da obrigação. As municipalidades se equiparam ao Estado no poder de tributar impostos; seus actos, em tal aspecto, são obrigatorios para todo contribuinte só porque participa dos commodos da vida collectiva municipal, do mesmo modo porque o são os providos da legislatura do Estado para todo cidadão. MARSHALL, *Writings*, p. 160; PAULO CAUWÈS, *Cours d'Econ. Polit.*, vol. 4º n. 1216.

E pois, quando o Estado ou o Municipio entra em juizo para exigir o pagamento do imposto em atrazo, vem, visto ser *certa e liquida* a divida, e na phrase do art. 2º do Dec. n. 9885 de 29 de Fevereiro de 1888, *com a sua intenção fundada de facto e de direito*; e por ser o imposto divida em si mesma e só por si mesma provada — COSSA, *Scienza delle Finanze*, p. 58; WORMS, *Science des Finances*, cap. IV; LALOR, *Cycl. of Political Science v., Finance* — é que o art. 12 do cit. Dec. prescreve, que á cobrança executiva do imposto só é possivel oppôr a prova da quitação, pois ninguém é obrigado a pagar duas vezes a mesma divida, ou a nullidade do processo, pois o que é nullo não produz effeito.

Fiel a estes principios, somente para a cobrança de impostos e multas é que a lei do Estado de S. Paulo n. 16 de 13 de Novembro de 1891, expedida *ex-vi* do art. 53 de sua Const., deu, em seu art. 85, ás Camaras Municipaes, o processo executivo. E' de presumir que assim tambem disponham as leis organico-municipaes dos outros Estados da Republica.

Portanto, si devessemos resolver a duvida sem outros elementos de decisão, não poderia deixar de ser negativa a resposta: para haver de J. B. a importancia dos impostos cuja cobrança, por incumbencia da Camara, effectuou mas de que não deu entrada nos cofres da mesma Camara, esta não tem direito á acção executiva.

Entretanto, em vista das leis do Estado de Minas Geraes n. 2 de 14 de Setembro de 1891, cujo artigo 49 § unico sujeita os agentes das Camaras Municipaes, quanto a alcances e extravios de dinheiros municipaes, ás mesmas disposições relativas aos exactores do Estado, e n. 17 de 20 de Novembro do mesmo anno, cujo artigo 3 n. II manda que nas causas fiscaes se observe o processo estabelecido no já citado dec. 9885 de 29 de Fevereiro de 1888 — aberta assim, por autoridade legislativa constitucional — *Const. Fed.*, arts. 63 e 68 — explicita excepção áquelle principio, e em vista do art. 6º do cit. dec. n. 9885, forçoso é concluir affirmativamente, si ai não se induzir de outras passagens da legislação mineira, que não conhecemos integralmente:

A Camara Municipal tem direito ao meio executivo para cobrança de que se trata.

2º)

Penso que não. A nomeação do advogado de qualquer Camara Municipal é um acto publico, e, como tal notorio. O instrumento do mandato é o proprio acto da nomeação. Exigir, para os autos de cada causa em que o advogado haja de funcionar, instrumento especial, não passaria

de supersticioso formalismo, da classe dos já verberados por Justiniano na L. 17 Cod. IV, 10: *Scrupulosam solemnitem amputari decernimus*.

Portanto, só me parece essencial que aquelle que é notoriamente advogado de corporações publicas junte procuração: a) quando se lhe argúa illegitimidade, ou b) quando o acto que haja de praticar seja daquelles que exigem poderes declaradamente especiaes, como os que referem MENDES, P. 1ª, liv. 1º, c. 3º, n. 38, CARDOSO, v. *Procur.*, n. 43 — nenhum dos quaes concorre na especie da consulta.

3º)

Mas quando por ventura o processo tivesse ficado defeituoso pela falta acima arguida, a ratificação havida, de *todo valida*, teria juridicamente sanado o pretendido defeito: cortaria de todo a questão.

Nem duvida pode haver sobre a validade da ratificação, que até mesmo depois da conclusão da causa seria boa para aquelle effeito — Ord. III, 63 pr. e § 1º; Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 130; nossa *Theoria do Proc.*, § 188, 3º vol., p. 20.

Nem a validade dependeria do assentimento de D. Virginia. A ratificação ou confirmação é acto unilateral; e o é porque, em sua essencia, equivale á renuncia do direito pessoal de pedir a annullação do acto nullo ou rescindivel. — G. GIORGI, *Obligazioni*, vol. 8º, n. 190, com a corrente dos escriptores.

4º)

Mas ainda quando aquella falta constituísse nullidade, e esta não tivesse ficado sanada pelo effeito retroactivo da ratificação trazida por quem de direito a podia trazer, não me parece que á embargante D. Virginia coubesse o direito de arguir o vicio, que, a existir, em coisa alguma lhe prejudicaria o allegado direito de credora hypothecaria do devedor commum.



A nullidade não é simplesmente um facto, mas certa relação constituída de elementos necesarios. Um delles a theoria do direito judiciario concretizou na suprema formula seguinte: Só ha nullidade quando, da inobservancia da fôrma, resulta prejuizo para a relação de direito que por essa mesma fôrma era garantida. *Pas de nullité sans grief*, já se dizia na velha Ordenança franceza de 1667. No prejuizo está a justiça da pronunciação da nullidade, e ás nullidades *nuas ou sem fomento de justiça* não se attende, ensinavam os nossos praticos, e está firmado no art. 677 § 1º do Reg. n. 737 de 1850.

Mas si o terceiro embargante intervem no processo só para subtrahir da penhora bens cujo dominio e posse, si é terceiro senhor e possuidor, allega lhe pertencerem, ou sobre os quaes, no caso do art. 16 do Decr. n. 169-A de 19 de Janeiro de 1890, pretende ter o direito real de hypotheca, absolutamente nenhum prejuizo pode ter com os defeitos que possivelmente anullem o feito e sejam alheios aos proprios termos dos seus embargos. Só o réo, como parte litigante, tem o direito de os arguir, porque só em favor delle foi a nullidade introduzida, e lhe é livre renunciar a tal direito. *Quando actus est nullus favore alicujus, intelligitur si ipse velit esse nullus*.

Verdade é ser outro elemento das nullidades o poder arguil-as aquelle a quem possa aproveitar a respectiva pronunciação — SOLON, *Theor. des Nullités*, n. 426, *apud* VANTIUS, *de Nullit.*, cap. 3º, n. 1º. Tambem é verdade que, com a pronunciação da nullidade da execução, aproveita o terceiro embargante, já que, com ella, se levanta a penhora e, portanto, se desembaraçam os bens.

Mas o direito tem sua logica, e foi esta logica que levou o classico Solon a enumerar, no capitulo IX da sua notavel obra, longa serie de casos em que aquella primeira verdade falha. Não basta que aproveitem da pronunciação da nullidade para que terceiros a possam arguir: e preciso o concurso de outro elemento, isto é, que o vicio ou falta

cause prejuizo á relação de direito defendida pelo terceiro; ou mais restrictamente ainda — que o terceiro tenha interesse directo, ou consequente, na relação de direito em demanda.

Taes regras, de correcção juridica patente, repellem as pretenções da embargante d. Virginia.

5º

Já é conhecido o meu parecer sobre este ponto da consulta, e o refere o proprio consultante em uma de suas minutas de agravo.

A disposição do art. 16 do Dec. n. 169-A de 19 de Janeiro de 1890, segundo a qual — em quaesquer execuções promovidas por credores chirographarios contra o devedor commum, pode o credor hypothecario defender, por via de embargos, os seus direitos e privilegios, para o fim de obstar á venda do immovel hypothecado — evidentemente só comprehende o caso em que vencida ainda não esteja a divida hypothecaria.

Assim tambem pensam os dois eminentes jurisconsultos Lafayette, invocado pelo consultante, e Duarte de Azevedo, no parecer inserto na *Revista Mensal das decisões do Trib. de Just. de S. Paulo*, vol. 2º, p. 6.

Nem importa que chirographarios sejam os credores que vêm executar immoveis hypothecados, já que, segundo o systema da graduação dos creditos, elles só poderão levantar as sobras que por ventura ficarem depois de solvidos os creditos hypothecarios.

E a razão desta doutrina está no principio fundamental de direito, consignado explicitamente no art. 2092 do Codice Napoleão: “quem se obriga, obriga todos os proprios bens, moveis e immoveis, presentes e futuros.” Si corrente o prazo da hypotheca não podem nem segundos credores hypothecarios excutir os bens que foram inscriptos em primeira hypotheca, é isso consequencia logica do proprio systema do direito hypothecario, direito real por natureza.

Por que razão dizia o art. 925 do Projecto Bevilaqua: "A hypotheca posterior não póde ter prazo mais breve que o da anterior" — idéa que o art. 957 do projecto da comissão revisora da Camara dos Deputados assim condensou: "Na hypotheca posterior não póde ser estipulado prazo que termine antes do vencimento da anterior? — E' porque, celebrada a primeira hypotheca por prazo maior do que o das posteriores, não deve o vencimento destas ter a força de destruir os efeitos da primeira; aliás nenhuma seria a garantia do credor primeiro, que inscrevendo a sua hypotheca, adquiriu o direito de colher do contracto todas as vantagens e interesses convencionados.

Fôra o cumulo das incivildades juridicas crear essa especie extravagante de condição resolutiva da primeira hypotheca, posta ao alcance da vontade unilateral do devedor, e, o que é mais extravagante ainda, sujeita muitas vezes, sinão commummente, a conluio entre o devedor e terceiros, os credores posteriores.

Articular aquelle principio tem, a meu vêr, a vantagem unica de cortar explicitamente qualquer *alicantina* que por ventura ainda se levantasse a respeito. Mas elle estaria sempre latente na propria figura juridica da hypotheca, de modo que a estipulação de menor prazo em hypothecas posteriores só produziria o effeito de pôr já vencidas estas hypothecas na epoca do vencimento da primeira, e assim poderem taes credores ser pagos successivamente, isto é, na ordem dos respectivos registros, pelas sobras que fossem ficando dos pagamentos preferidos.

Entretanto, como pudesse o primeiro credor, depois de vencido o seu credito, não executar o devedor commum, prejudicando assim os credores das hypothecas posteriores, foi sempre corrente em jurisprudencia que qualquer de taes credores ficava com direito de executar os respectivos creditos, salvo aos outros o de pugnarem por prelação no concurso de preferencias. E tal é a razão porque o alinea do citado art. 957 do Projecto da Camara assim dispunha: "Fica,

porém, livre ao segundo credor executar a hypotheca independentemente da intervenção do primeiro, quando este não tenha usado do seu direito".<sup>1</sup>

Mas então, si vencida a primeira hypotheca, podem os segundos credores hypothecarios excutir os immoveis hypothecados, salvo ao primeiro o direito de ser preferentemente pago, mas não o de impedir a execução dos bens, porque razão, dada a insolvabilidade do devedor commum, se haverá de negar aos chirographarios o direito de lhe excutirem os bens hypothecados quando vencidas estejam quantas hypothecas o devedor commum haja celebrado? Como dar aos hypothecarios o direito de estorvarem que os chirographarios usem do direito de se pagar pelas sobras que por ventura houver?

Portanto, tratando-se de hypotheca vencida, e estando insolvavel o devedor, licito não era á d. Virginia vir com os embargos de que falla o citado art. 16 do Decr. n. 169-A, sinão unicamente protestar pela preferencia que lhe coubesse. Vj. *O Direito*, II, 209, onde se refere julgado.

<sup>1</sup> Infelizmente estas idéas ficaram vencidas na ultima votação do Projecto Bevilacqua.

Na sessão de 3 de Dezembro de 1901, da Comissão especial da Camara dos Deputados, o deputado Adolpho Gordo apresentou emenda radicalmente opposta (*Trab. sobre o Proj. Cod. Civ. brasileiro*, vol. 5º, pag. 286, 1ª col.), e tendo esta colhido o voto do relator do respectivo parecer (Vol. VI, pag. 319, 2ª col.), foi assim votado o art. 948 (VI, 609:) Vencida a hypotheca posterior, reputa-se vencida a anterior, não podendo, porém, o segundo credor, executar a hypotheca sem notificar judicialmente o primeiro.

Sujeito á votação da Camara o art. 820: Vencida a hypotheca posterior, reputa-se vencida a anterior, e o segundo credor não poderá... (como no art. 948) — afinal a Camara approvou o art. 818, assim concebido: Vencida a hypotheca posterior, reputa-se vencida a anterior, e o segundo credor não poderá executar a hypotheca sem notificar judicialmente o primeiro — redacção que o insigne Ruy Barbosa, com o genio e a paciencia de um Beato Angelico, apagando aquelle *capôs* e aquelle *orre*, substituindo a infeliz copulativa e pela correcta adversativa *mas*, envernizou assim: Vencida a segunda hypotheca, vencer-se-á com ella a anterior; mas o credor da segunda não a poderá executar, antes de notificar judicialmente o da primeira.

Disse o sr. Gordo (cit. pag. 286), justificando a sua emenda, que a disposição do art. 957 era *uma restricção á liberdade de contractar, muito inconveniente*. Mas a da emenda approvada pela comissão é coisa peor: é o rompimento do contracto. Faça o devedor quantas hypothecas encontrar sobre o mesmo immovel; mas que os segundos e terceiros credores não pretendam resolver os contractos anteriores, em que não foram parte. Isto é que é direito.

6º

Como consequencia, e porque nada absolutamente tinha d. Virginia que vêr com a ratificação que dos actos de seu primeiro advogado fez a Camara Municipal, unica juridicamente habil para resolver e consummar similhante acto, penso que deve ser provido o agravo de que se trata.

A circumstancia de fazer o juiz proseguir nos termos da acção hypothecaria de d. Virginia, obstando assim, por uma exigencia injuridica, a marcha do executivo da Camara, constitue, a meu vêr, damno irreparavel.

***Segunda serie***

1º

Está prejudicada pelo que já dissemos. E porque não são possiveis duas penhoras simultaneas do mesmo immovel, e menos dous depositos, é que á d. Virginia só restava o concurso de preferencias.

Não são compossiveis duas penhoras ou dous depositos precisamente porque a penhora priva o devedor da posse physica da coisa penhorada, que passa para a detenção e guarda do respectivo depositario — Ord. III, 30 § 1º; Reg. n. 737 de 25 de novembro de 1850, art. 526. E tão rigoroso é este preceito processual, que *a nomeação de bens á penhora, feita pelo executado por termo nos autos, não dispensa a apprehensão e deposito dos bens nomeados*. Rev. n. 11.029 de 21 de Agosto de 1879, n' *O Direito*, L, 157.

A posse de um depositario exclúe inexoravelmente a de outro... *duorum quidem in solidum possessionem esse non potest* — fr. 5 § 15, Dig. XIII, 6.

A segunda penhora não deve subsistir.

2º

A ausencia do devedor, como simples facto, póde ser provada por qualquer meio habil; e é tal a justificação a que se allude, si ella se refere á mesma epoca ou muito proxima da em que d. Virginia propoz a sua acção.

Assim me parece que tambem vale, para prova da ausencia da mulher de J. B., a justificação que então a Camara produziu como preliminar do seu executivo.

O direito é um systema de inducções logicas; na mesma epoca, e com relação ao mesmo lugar, não póde ninguém estar ausente e presente. E era a ausencia o facto unico que a parte interessada queria e devia provar.

Portanto, si nada se argue contra a essencia e authenticidade das justificações produzidas, penso que valem para os fins que respectivamente visavam.

3º)

Creio que os ausentes referidos n'esse quesito são os devedores J. B. e sua mulher, os quaes, como se allega, estavam judicialmente representados.

Penso que a citação d'elles não era necessaria, mesmo sob pregão, para o acto de que aqui se trata, isto é, nomeação e approvação de avaliadores do predio penhorado. Tal exigencia não tem fundamento legal; não passa de ampliação lembrada por LOBÃO, *Seg. Linhas*, nota 204, pag. 81, da ed. de 1855, e de todo inconsistente em vista dos arts. 47, 532 e 673 do Reg. n. 737, combinados.

Para que exigir uma formula não expressa na lei e cuja falta, aliás, não traz nullidade ao feito?

4º)

A Camara póde, como terceira prejudicada, interpôr appellação; mas não me parece, pelas razões expostas ao 4º quesito da 1ª serie, que lhe seja licito arguir aquellas pretensas nullidades.

Penso que a Camara, para o fim de se lhe admittir a appellação, pode ser juridicamente havida como terceira prejudicada, não obstante o que dissemos nos §§ 20 e 82 da nossa *Theoria do Processo*, invocados pelo advogado do devedor.

A Camara, porque a sua penhora precedeu á de D. Virginia, tem interesse directo e actual na decisão da causa da credora hypothecaria — e tanto bastava para aquella qualificação e, portanto, para que pudesse appellar.

5º)

Portanto, provido deve ser o seu aggravo.

6º)

Não ha duvida que a Fazenda Federal tem privilegio, pelas dividas fiscaes, sobre todos os bens do devedor. CARLOS DE CARVALHO, *Nova Consol.*, art. 1934, I a), e que contra tal privilegio só prevalecerão as hypothecas que forem especializadas e inscriptas anteriormente á divida fiscal — *id.* art. 1943.

Sem necessidade de investigar si o mesmo privilegio goza a Fazenda estadual — investigação suscitada pela circumstancia de não haver, tratando-se de uma regra de direito substantivo, nenhuma lei federal que o declare — tenho como certo — e não obstante o accordam do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 6 dezembro de 1901, inserto na *Revista de Jurisprudencia*, XIV, 262, accordam que a meu ver contem dois erros gravissimos: 1º) substituir a expressão *Fazenda Nacional* do art. 330 do

dec. n. 848 de 11 de outubro de 1890 pela de *Fazenda Publica*, e poder assim accrescentar, entre parenthesis, *Federal, Estadual ou Municipal*, e 2º) considerar onus reaes os impostos relativos a immoveis — parece certo, digo, que de tal privilegio não gozam as Camaras Municipaes.

Por este lado, portanto, não creio que a divida da Camara preferisse a hypothecaria.

Mas do facto de ser o alcance de J. B. para com a Camara anterior á escriptura de hypotheca pelo mesmo J. B. outorgada em favor de D. Virginia, e mais da insolvabilidade do devedor commum, se induz, salvo prova em contrario, a nullidade da mesma hypotheca por ter sido celebrada com fraude, para o fim de subtrahir da execução fiscal o immovel unico do devedor — ponto esse que em concurso de preferencias pode ser amplamente discutido e julgado. — Reg. n. 737 de 1850, 686 § 5, *alin.*, que dá ao exequente ou a qualquer credor a *Pauliana actio* dos frs. 2 e 10 § 13 D. *quoe in fraud. cred.* (XL, 11, 8) — Vj. POTHIER, *ad Pand.*, h. t. n. IV, e ARNDTS, *ad Pand.*, § 228, edic. 3ª de Serafini — acção que, dispensada a ordem solemne do processo ordinario, se simplifica no concurso de preferencias.

Ficam assim respondidos todos os quesitos propostos.

Salvo melhor juizo.

*S. Paulo, 24 de Setembro de 1902.*

## CXVI

— Não procede de boa fé o Nunciante, que depois de vencido por varias vezes, por sentenças passadas em julgado, volta a embargar a mesma obra.

— Deve, nesse caso, responder pelas perdas e danos que trazer ao Nunciado.

— Mas a indemnização deve ser pedida por acção ordinaria.



— Nem isenta o Nunciante desta responsabilidade a circumstancia de não haver o Nunciado requerido e prestado a caução *de opere demoliendo*.

### ***“Questão do Tunel***

Julgou-se, ha tempos, que alguém póde estar em boa fé, disputando um direito, que por diversas sentenças passadas em julgado, já lhe tinha sido antes negado; e que á parte vencedora, nesse ultimo pleito, pedindo-lhe indemnização dos prejuizos e danos causados pelo acto violento do embargo, cumpria ter provado em contrario a má fé que suggerira esse acto, e ter requerido logo depois delle e prestado a caução *de opere demoliendo*, para evitar taes prejuizos e danos.

Não querendo passar por ignorante ou inepto, e nem por explorador da bolsa alheia, no fim da minha vida de 43 annos de exercicio no Fôro, esse unico motivo me força a vir á imprensa denunciar um erro judiciario.

Uma empreza de utilidade mais publica do que privada, continuava a sua vida modesta e excepcional, até que outra mui poderosa, que tem o vezo de tolher o passo ás suas congeneres, lhe esterilizou seus esforços, pretendendo privilegio de zona, que sentenças anteriores, passadas em julgado a favor de outras emprezas, lhe tinham negado depois de esgotados todos os recursos; e que nem o seu contracto, nem acto algum legal anterior lhe havia conferido nem por inducção.

Batida ainda pela ultima vez a caprichosa Companhia, a victima do seu sestro, que não tinha podido continuar sob caução as obras embargadas, o que podia fazer ou deixar de fazer, sem perda de seus direitos, moveu demanda contra ella de indemnização de prejuizos, perdas e danos e lucrou cessantes, pedindo sómente o que justamente lhe era devido sem exaggerações, como outras têm feito com melhor exito, e provou plenamente sua intenção.

Não obstante, foi julgada improcedente a sua acção pelos suppostos motivos de boa fé da parte da Ré, de não ter a sua victima continuado as obras sob caução, de ser errada e inviavel a Empresa, como se a Ré tivesse o direito de corrigir os erros de outras Empresas; e não ter provado que a Ré procedera de má fé, promovendo embargos!

Opporemos a taes fundamentos (se podem ter este nome) os pareceres abaixo transcriptos de jurisconsultos notaveis, sem idéa antecipada e sem pendor, em face da Lei e dos principios sómente, á consulta abaixo.

### **Consulta**

1º Póde ser considerado em boa fé o litigante, que pretende ter direito exclusivo a uma coisa, embargando uma obra, depois de ter sido por sentenças passadas em julgado, esgotados todos os recursos, convencido anteriormente em tres causas diversas de não ter esse direito, embargando outras obras contra outros individuos?

2º No caso negativo, tendo-lhe sido ainda por ultimo negado o pretendido direito, está sujeito á acção de indemnização de prejuizos, perdas e danos e lucros cessantes?

3º Póde isental-o da condemnação a circumstancia de não ter o Nunciado vencedor requerido e prestado antes a caução *de opere demoliendo*, para continuar a obra?

4º A prestação da caução é obrigatoria, ou constitue um direito do Nunciado?

### **Resposta**

Ao 1º e 2º.

Si a relação de direito, pretendida pelo nunciante, é ai mesma nas diversas causas de que se trata, parece fóra de duvida que elle procede

de má fé, insistindo pela quarta vez em pedir o que já por tres vezes lhe foi judicialmente negado por sentenças ora irretrataveis; e na lição dos melhores praxistas, como Strykio, *Us. mod.*, L. 39, tit. 1º § 18 (*ne malitia sua nuntianti sit lucrosa*), e Ferreira, *de Nov. oper.*, L. 6º, dis. 11, n. 10 (*ex malitia nuntiationis*), deve o Nunciante responder pelas perdas e danos que causar no caso de ser injusto o embargo.

Esta conclusão, que se firma no principio geral de direito — de que cada qual responde pelo prejuizo que maliciosamente causar a outrem — encontra invencivel apoio em um argumento de parallelismo.

O embargo de obra nova é uma especie do embargo tambem chamado arresto: mas pelo art. 337 do regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850, fica salvo ao embargado o direito de pedir, por acção competente, as perdas e danos que do embargo lhe resultarem, quando o arresto é requerido com má fé; logo, concorrendo os mesmos motivos de justiça, equidade e bem publico, como se exprime Paula Baptista (*Hermen. Jur.*, § 42), deve a disposição do citado art. 337 applicar-se á nunciação de obra nova.

Mas a indemnização deve ser pedida por acção ordinaria, sendo procedentes, como são, as observações de Teixeira de Freitas á *Doutr. das Acç.* de Cor. Telles, not. 458 ult. alin.

Ao 3º e 4º.

Nem póde o Nunciante isentar-se da condemnação pela circumstancia de não haver o nunciado requerido e prestado a caução *de opere demoliendo*, porque esta é uma faculdade, de que elle póde usar ou não.

S. M. J. — S. Paulo, 10 de Dezembro de 1894. — O advogado,  
*Dr. João Monteiro.*

Concordo. S. Paulo, Dezembro de 1894. — Aureliano Coutinho.

Concordo. S. Paulo, 28 de Dezembro de 1894. — Dr. M. A. Duarte de Azevedo.

Concordo. Rio, 4 de Janeiro de 1895. — Dr. Oliva Maya.

Concordo inteiramente com o douto e fundado parecer do eximio jurisconsulto Dr. João Monteiro.

Rio, 8 de Janeiro de 1895. — O advogado, Manoel I. Gonzaga.

Sendo de accôrdo com essas respostas os doutos collegas Drs. João D. Pinto de Mendonça e Prado Pimentel.

Eis ahi a lição dos mestres da sciencia, que sem prevenções escudam o direito de minha constituinte, fulminam a iniquidade, e justificam a minha orientação e zelo, para livrar-me no animo dos accionistas e dos que têm os olhos fitos nesta questão transcendente da pecha de ter eu mal dirigido ou relaxado na sustentação dos direitos da infeliz companhia, que patrocino.

A má fé é subjectiva, está na consciencia do agente, e manifesta-se pelos actos externos e positivos. Se o litigante, sobretudo reincidente, é convencido de ter atacado um direito alheio, não póde desculpar-se nem ser relevado de uma maletica intenção, em face da presumpção de direito; porque a sentença que o fulmina exclue a boa fé: art. 182 do regul. n. 737.

Resta-nos, porém, ainda um recurso, que de certo será provido, estudada a questão com mais criterio e inteireza. O advogado, Dr. José Soares da Silva”.

(Transcr. do *Jornal do Commercio*).

## CXVII

- Não vale a nomeação á penhora de letras acceitas pelo proprio exequente.
- A penhora de letras deve ser *real*; quer dizer, seguida de deposito effectivo dos titulos penhorados.
- Si o executado, fazendo nomeação de bens á penhora, não observa a ordem do art. 512 do Reg. n. 737, o direito de a fazer se devolve ao exequente.
- Si o executado não tem bens no fôro da causa principal ou os que tem são insufficientes, póde desde logo o exequente pedir precatoria executoria para o fôro do lugar onde aquelle tiver bens, para que estes sejam ali penhorados.
- Em tal caso, só depois de finda a execução dos bens penhorados no fôro da causa, é que no juizo deprecado se proseguirá nos termos ultteriores da execução.
- Mas si os bens penhorados por precatoria são sufficientes para cobrir a execução póde o exequente desde logo preferir a excução de taes bens.
- O despacho que denega a precatoria executoria nos casos supra mencionados está sujeito ao agravo por damno irreparavel.
- Invalida é a restricção que dos casos de damno irreparavel fez o art. 22 n. 2 letra k do Reg. n. 2579 de 16 de Agosto de 1897.

### Pergunta-se:

1º

E' valida a nomeação á penhora de letras acceitas pelo proprio exequente? Póde prevalecer tal nomeação quando o exequente declara que a não acceita, porque contesta a divida representada pelas letras?

2º

Para ser feita a penhora em letras de cambio ou da terra é necessario que sejam aprehendidos os proprios titulos ou basta uma certidão do registro de taes titulos?

3º

Si o executado, nomeando bens á penhora, não observa a ordem legal do art. 512 do Reg. 737 e declara que possui valores em outro termo, tem ou não o exequente direito á carta executória para esse outro termo?

4º

Si são manifestamente insuficientes os bens nomeados ou os existentes no termo da causa principal, tem ou não o exequente o direito, desde logo, á executória para o termo em que existirem outros bens, nos termos do art. 500 do mesmo Regulamento?

5º

Encontrando-se bens, real ou aparentemente, suficientes no outro termo, tem ou não o exequente o direito de proseguir ahi, de preferencia, na execução?

6º

O despacho que denega a executória em casos taes e manda aceitar a nomeação feita sem observancia da ordem legal e de bens insuficientes, e ainda proseguir na execução sobre taes bens, produz ou não o damno irreparavel que, nos termos da lei, dá logar ao agravo?

7º

E' valida a restricção que dos casos de damno irreparavel fez o Reg. 2579 de 16 de Agosto de 1897, art. 22 n. 2, letra K, diante do disposto no Reg. 737, art. 669 § 15 e art. 743; na Lei n. 3272 de 5 de Outubro de 1885, art. 1º, no Dec. 763 de 19 de Setembro de 1890, que mandou applicar o Reg. 737; e ainda diante do art. 54 n. VI, letra n, da Lei n. 221 de 1894, que determina seja observada, quanto ao damno irreparavel, a definição da Ord. L. 3º tit. 69 princ. e § 1º.

## Resposta

### 1º

Não vale a nomeação á penhora de letras acceitas pelo proprio exequente; aliás, seria admittir a reconvenção aos termos da execução das sentenças, contra o systema do direito.

Os *direitos e acções*, referidos no § 5º do art. 512 do Regulamento n. 737, de 1850, só podem comprehender, portanto, direitos e acções do executado contra terceiros.

### 2º

A penhora feita em letras deve ser real; quer dizer, que só vale a penhora quando apprehende o objecto penhorado e o põe em deposito, posto que este possa ser feito em mão do proprio executado. Tal é a significação ou força do adverbio *effectivamente* do art. 510 do cit. Reg. n. 737 e do participio *apprehendidos* do art. 519; tal explicitamente se deduz do art. 526.

A certidão do registro de taes titulos não póde bastar para cumprimento das disposições citadas. E tanto assim se deve entender, que as letras, não sendo depositadas, continuarão a correr em seu gyro de descontos e endossos, de modo que a penhora não fixará afinal, como deve, a situação do exequente e do executado respectivamente a esses titulos.

### 3º

O 3º quesito comprehende duas hypotheses:

a) O executado, fazendo nomeação de bens á penhora, não observa a ordem do art. 512.

Neste caso, emquanto, por qualquer acto, o exequente não consente na inversão da alludida ordem, póde requerer a emenda; e si o

executado persiste, o direito de fazer a nomeação se devolve ao exequente. Vid. a nossa *Theoria do Processo*, § 263.

b) O executado declara que possui valores em termo diferente do da execução.

Neste caso, varia o processo segundo se trata de uma ou de outra das hypotheses referidas na resposta ao quesito seguinte:

4º

a) O executado não tem bens no termo da causa principal ou os que tem são insuficientes.

Neste caso, desde logo se póde fazer expedir precatoria executoria ao Juizo do lugar onde haja outros bens sufficientes para complemento da execução. E porque esta, em tal caso, não poderá ser simultanea, mas successiva, a execução da precatoria se limitará á penhora, e só depois de terminada a execução dos bens penhorados no juizo da causa, é que no juizo deprecado se procederá aos termos ulteriores da execução.

b) Manifestamente insuficiente é a somma de uns e outros bens.

Neste caso, simultanea será a execução de uns e outros — Reg. n. 737, arts. 500 e 502 combinados.

c) Os bens penhorados fóra do lugar onde corre a causa, por serem insuficientes os que nesse lugar tinha o executado, são por si sufficientes para inteira execução do julgado.

Neste caso, penso que ao exequente não se deve negar o direito de preferir a execução daquelles bens que por si sós bastam para o seu completo pagamento; aliás se augmentaria, com prejuizo das duas partes, a *massa dos materiaes* do processo, na linguagem de Ihering



(*Esprit du Droit Romain*, trad. de Meulenaere, vol. 3º, pag. 23), infringindo assim o principio politico-economico do minimo esforço, que é tambem, no dizer daquelle romanista, uma das leis vitales da jurisprudencia, e que Mancini, *Comentario del Cod. di Proced. Civile*, vol. I, pag. VII, classifica como um dos principios legitimativos do processo. Para que duas execuções, si uma só basta? Não seria nimiedade condemnavel, manifestamente prejudicial ao proprio executado, executar bens insufficientes quando os ha bastantes *aliubi*?

5º

Respondido na letra c) da resposta anterior.

6º

Penso que sim. No despacho que denega a rogatoria executoria na hypothese da consulta, é manifesto que se contem o damno irreparavel capaz de legitimar o recurso de agravo. E' dos que vêm caracterizados na Ord. Liv. 3º Tit. 69 § 1º; o proprio Juiz que o deu não o poderá mais emendar.

7º

Pela affirmativa. O decreto n. 2.579 de 16 de Agosto de 1897, expedido *ex-vi* do art. 48 § 1º da Constituição Federal, isto é, *para FIEL execução de leis existentes*, absolutamente não podia, como fez, modificar as disposições legislativas vigentes em materia de recursos. Sua inconstitucionalidade nesta parte é flagrante. Vide Saredo, *Trat. delle leggi*, n. 263; Scolari, *Dir. ammin.*, pag. 131; Pimenta Bueno, *Dir. Publ. Braz.*, n. 325; Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, pag. 282, etc., etc.

Este é o meu parecer.

*S. Paulo, 21 de Julho, de 1903.*

## CXVIII

— Annullada a hypotheca pela razão de não pertencer ao devedor hypothecante o immovel hypothecado, póde o credor hypothecario, cuja acção chegou aos termos da arrematação, proseguir, como qualquer chirographario, nos termos da execução interrompida.

— O credor hypothecario, nesse caso, não póde reclamar contra a entrega das plantações do immovel feita ao dono do mesmo immovel. Seu direito se estende unicamente a segurar, nas mãos do proprietario, o valor das indemnizações por este devidas ao seu devedor.

## Parecer

A consulta envolve varias questões, que resolverei confórme o meu parecer, sempre sujeito a melhor juizo.

/

— A nullidade da hypotheca, decretada pela razão de não pertencer ao devedor o immovel hypothecado, traz *ipso facto* a nullidade da acção que chegou aos termos de arrematação? Terá o credor necessidade de promover nova acção de cobrança, como credor chirographario, que ficou sendo?

Distingo. Si a nullidade da hypotheca teve exclusivamente por motivo aquella circumstancia, a saber, ter sido celebrada *a non domino*, sem que, no correr da respectiva acção, houvesse o devedor arguido contra a divida qualquer razão de direito exclusiva da obrigação de pagar, penso que a pronunciação aquella nullidade, tirando do credor unicamente a garantia accessoria da hypotheca, não prejudica a sentença na parte recognitiva da referida obrigação. Póde o credor, portanto, proseguir na execução da sentença, penhorando outros bens do devedor, independentemente de nova acção. Para que e porque nova acção, si a sentença reconhece a obrigação principal do devedor, da qual a hypotheca não era sinão accessorio?

*Aliter*, si foi debatido algum ponto concernente á propria divida e julgado contra o credor.

Na hypothese, e consoante as informações que me foram dadas, tendo sido aquella nullidade pronunciada sobre embargos de terceiro senhor e possuidor, produzidos depois da arrematação dos bens hypothecados, não creio que a sentença que os julgou provados tenha a virtude de destruir a sentença exequenda. O embargante só devia ter debatido e provado o seu dominio e posse, sendo, como é, terceiro relativamente á divida. Si a decisão dos embargos de terceiro tambem annullou a acção exequenda, tenho-a nessa parte como exorbitante e injuridica.

//

— Os credores exequentes, que se viram privados da garantia hypothecaria, tinham razão juridica para reclamar contra a entrega dos cafeeiros e bemfeitorias do immovel ao terceiro embargante vencedor, allegando que este só tinha direito ás terras e não a taes cafeeiros e bemfeitorias, o que tudo portanto ficou legalmente por elles arrematado?

Penso que não tinham. A plantação de cafeeiros e a construcção de bemfeitorias, posto que feitas pelo devedor *non dominus*, cederam, pelos principios da accessão, ao immovel, cujo proprietario tem a obrigação de indemnizar ao respectivo dono o valor em que taes plantações e bemfeitorias forem arbitradas. D. Mariana, de quem falla a consulta, e que é a proprietaria do immovel, não tem obrigação alguma directa para com taes credores, sinão a de pagar a Antonino, devedor delles e dono dos referidos accessorios, o valor que estes tiverem.

///

Isto posto, contra Antonino exclusivamente é que se mantem o direito daquelles credores, direito que, podendo se effectuar sobre quaesquer bens do dito devedor, cujo patrimonio, pelos principios geraes

de direito, responde por todas as suas obrigações, bem pôde segurar, nas mãos de D. Mariana, o valor que lhe augmentaram o immovel.

Mas porque esse valor está incorporado nos proprios cafeeiros e bemfeitorias, seguir-se-á que o direito dos credores pôde se effectivar nesses mesmos bens? Não; porque então destruida ficaria a sentença que reconheceu a propriedade e posse de D. Mariana no immovel, e illudidas as regras juridicas da accessão — § 31-32, *I — de rer. div.* (II 1); fr. 7 § 13, fr. 9 pr., fr. 26 § 2 *de acq. rer dom.* (XLI, I). Si D. Mariana só deve o valor daquelles accessorios, ninguem tem direito de lh'os tirar em especie.

#### IV

Assim sendo, só resta aos credores se segurarem contra a entrega que D. Mariana haja de fazer a Antonino do valor da indemnização que ella lhe deve, e o arresto de tal valor, com fundamento na sentença, que só ficou privada da garantia hypothecaria, me parece caber; e si de todo quizerem haver como annullada tambem a acção dos credores, caberá o sequestro, como preliminar da acção de indemnização, que, pondo-se no lugar de Antonino, os mesmos credores, segundo meu parecer já varias vezes externado, fundado no direito francez, podem exercer pelo seu devedor.

Entretanto, si amigavelmente D. Mariana e Antonino regularem a indemnização, têm ainda os credores a faculdade, provado que houve dolo, aliás presumivel entre sogra e genro, de annullar a escriptura em que tal indemnização fôr liquidada.

26—6—99.

#### CXIX

— Ao executado, que condemnado a fazer entrega de coisa certa, depositou dinheiro para segurar o juizo e vir com embargos, é licito, em qualquer momento da execução, exhibir a propria coisa

exequenda e levantar o dinheiro, substituída a penhora do dinheiro pela do objecto da execução.

### **Consulta**

A., tendo sido intimado para, na qualidade de successor de B., fazer entrega, dentro em 24 horas, sob pena de penhora, de um certo numero de debentures, que B. fôra condemnado a restituir ou seu valor, depositou, afim de segurar o juizo e embargar a execução, a importancia desta em dinheiro e nessa importancia se effectuou a penhora.

### **Isto posto, pergunta-se:**

Assiste a A. o direito de, em todo o correr da execução, antes de levantar-se o valor penhorado e depositado, substituí-lo pelos debentures que B. fôra condemnado a restituir?

O facto de haver A., para segurar o juizo, depositado o valor dos debentures, inibe-o de a todo o tempo fazer entrega destes e levantar o dinheiro depositado?

Essa substituição induz a necessidade de nova penhora ou fica subsistente, por simples subrogação de objecto, a penhora já feita?

### **Resposta**

Tenho como fôra de duvida que ao executado por sentença que o condemnou a entregar coisa determinada, mas que, para segurar o juizo e vir com embargos, depositou dinheiro, assiste, em todo o curso da execução, o direito de fazer a entrega do objecto da condemnação, e levantar o dinheiro sobre que recaira a penhora, para que esta se substitua no proprio objecto, conteúdo da sentença, e, portanto, da obrigação exequenda.

Facil é a demonstração.

Toda acção, tendo por fundamento juridico a violação de certa relação de direito, só pode ter por fim o pedido da declaração judicial dessa mesma relação de direito. E como ás relações de direito correspondem obrigações consistentes ou em pagar ou em dar ou em fazer ou não fazer, toda sentença só pode ter por conteúdo a condenação do devedor a uma daquellas formas de prestação.

Portanto, a execução das sentenças, no que concerne ao objecto exequendo, deve se regular pelos mesmos principios e regras que dominam, no direito material ou substantivo, a execução ou implemento das obrigações em geral.

Mas é principio organico do Direito das Obrigações, que aquellas cuja prestação consiste na entrega de coisa certa e determinada se solvem pela entrega da coisa obrigada, e somente si o devedor perdeu a posse della ou a mesma veio a perecer, é que a solução se opera pelo pagamento do equivalente em dinheiro.

Logo, si o cumprimento da obrigação de entregar coisa certa e determinada se houver de fazer por meio de execução judicial, deve o condenado, no termo de dez dias, que lhe deve ser assignado, restituir ou entregar a coisa exequenda, findo o qual termo, si a não entregar ou restituir, ser-lh'a-á tirada; si lhe não fôr possivel fazer a entrega ou restituição, e tiver embargos contra a sentença ou sua execução, segurarà o juizo com dinheiro, sobre o qual se faz a penhora — Ord. III, 86 § 15 e outros; Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 571; Dig. fr. 68 *de rei vind.* (VI, 1), etc., etc.

Mas tambem, como é sabido, si licito é ao devedor, cessando a impossibilidade em que estava de solver a obrigação pela exhibição da coisa obrigada, exigir do credor que a receba, mediante a reentrega do equivalente recebido, outra não pode ser a solução no caso de execução forçada. Desfeita a impossibilidade em que o executado estava de exhibir,

nos dez dias assignados, o proprio objecto da execução, só pelo que depositou dinheiro, licito lhe deve ser, em qualquer momento da execução, produzir em juizo o dito objecto para que nelle se converta a penhora que primitivamente, e só subsidiariamente, recaira no dinheiro depositado.

Si este, como é certo, tinha por função unica supprir o objecto da condemnação principal, incivil fôra manter a execução nelle depois que o executado faz entrega daquelle mesmo objecto.

Assim me parece.

*Dezembro, 99.*

### **CXX**

1º Annullada a execução por sentença que passou em julgado, fica o arrematante sem direito algum sobre os bens arrematados.

2º Contra o insolito procedimento de embargos de terceiro com que elle vier á reproducção da execução, pode o executado usar de varios remedios; v. g.:

*a)* a manutenção; si fôr vencido,

*b)* a reivindicação; e si os embargos do arrematante forem julgados provados,

*c)* a appellação.

### **Resposta**

Na proposta se figura uma extravagancia, ou melhor um verdadeiro attentado judiciario, inacreditavel em fôro illustrado. E é: que tenham sido recebidos embargos de terceiro senhor e possuidor fundados em uma carta de arrematação obtida em execução annullada por sentença que passou em julgado! Mais ainda: que os bens assim reclamados sejam os mesmos em cuja posse a dita sentença mandou immitir o proprio executado!!

Annulado, pela razão exposta no appendice da proposta, o executivo que Pedro moveu contra Antonio, fica por completo sem effeito a arrematação havida, e Paulo, o arrematante, sem direito algum sobre os bens nullamente arrematados, em cuja posse o dominio devia desde logo ser Antonio reimmittido. Tal é a regra expressa na Ord. L. 3º tit. 86 § 4: Revogada a sentença em cuja execução foram vendidos os bens penhorados, sejam *estes tornados a cujos eram, e ao comprador seja tornado o preço que por elles deu*.

Isto posto, é inconcebível que Paulo viesse com os embargos de terceiro senhor e possuidor sobre aquelles mesmos bens, quando absolutamente sobre elles não tinha dominio nem posse — Reg. 737 de 1850, art. 604; e mais inconcebível é ainda que taes embargos tivessem sido recebidos, como já o era que Pedro, tendo passado em julgado a sentença que lhe annullára o executivo contra Antonio pela regra exposta no dito appendice, reproduzisse a sua execução sobre os mesmos bens em cuja posse já se havia passado mandado de reimmissão em favor de Antonio.

Dado, porém, o facto, que remedio terá Antonio para impedir que chegue ao fim tão extranha serie de extravagancias judiarias?

Eis ahi o *punctum saliens* da consulta.

Occorrem-me os tres seguintes remedios:

a) O interdicto possessorio que melhor couber ou parecer na occasião. E como o simples facto da penhora não tira a posse do executado, parece, salvo melhor conhecimento dos factos e suas circumstancias, que bem poderia Antonio pedir a manutenção para o effeito de se guardar contra os effeitos do conluio, que se refere haver entre Pedro, o credor, e Paulo, o 3º embargante, e até como guarda avançada da *reivindicatio* — consoante a regra de Ulpiano: *ideò non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui coepit rem vindicare. Non enim videtur possessioni renuntiasse, qui rem vindicavit* fr. 12 § 1º de *adquirid*.



*vel amit. poss* (XLI, 2) — si por ventura o alludido conluio se consummar, e os bens forem entregues a Paulo.

b) A reivindicação — no caso em que não proceda afinal o *uti possidetis*.

c) E como medida mais prompta e facil, a appellação da sentença que julgar provados os embargos de Paulo e mandar que em seu favor se passe, levantada a penhora, mandado de entrega dos bens.

Em que efeitos deve ser recebida a appellação?

Penso que nos dous efeitos:

1º) porque, segundo a lição exposta na not. 3ª ao § 224 da nossa *Theor. do Proc. Civ. e Com.*, só nos casos expressos em lei é que a appellação deve ser recebida unicamente no effeito devolutivo — e o presente caso não pode estar comprehendido na generalidade da regra do devolutivo sómente, do art. 652 do Reg. n. 737 de 1850 quanto ás execuções;

2º) porque do proprio art. 652 assim se deve concluir, pois razão não ha para excluir da regra ali explicita — de que será tambem suspensiva a appellação interposta da sentença que, nas execuções, julgar provados os embargos de terceiro — a appellação do exequente ou do executado ou de um e outro;

3º porque tal é a lição de Pegas, For., XV, 75 e 90.

*Sub censura.*

## CXXI

1º) Adjudicação de bemfeitorias de terceiro feita com opposição deste.

2º) Pendente a appellação devolutiva, que deve fazer o adjudicatario?

### Consulta

Em acção de divisão e partilha foram adjudicadas a José bemfeitorias de Antonio, entre as quaes havia cem mil pés de café ainda nas covas. Antonio appellou, e a appellação, recebida somente no effeito devoltivo, pende ainda de decisão.

Pergunta-se:

1º Que deve José fazer: execução nos termos do art. 571 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, ou pedir imissão na posse das bemfeitorias, ficando para depois a respectiva indemnização?

2º Deve a indemnização ser processada preliminarmente?

3º Si José requerer imissão de posse, qual o meio e com que fundamento poderá Antonio se oppôr?

### Resposta

Ao 1º) Parece não se tratar de execução para entrega de coisa certa, nos termos do art. 571 do Reg. n. 737 de 1850, cuja fonte foi a Ord. L. 3º tit. 86 § 15. Este modo de execução tem logar quando a condemnação versa sobre coisa determinada ao tempo da obrigação ou do facto originador da acção, e que o executado deve entregar identica: *idem corpus* — o que evidentemente não é o caso da consulta.

Portanto, deve José fundado no seu formal de partilha, requerer mandado de imissão de posse, em que afinal se ha de concretar o seu direito sobre as bemfeitorias de que é adjudicatario — e isso não obstante a appellação de Antonio, a qual sem duvida foi recebida no effeito devolutivo somente.

Quanto á indemnização devida a Antonio pelo valor das bemfeitorias por elle realizadas, na resposta aos outros quesitos virá a nossa opinião.

Ao 2º e 3º) Requerida a imissão de posse, deve Antonio pedir vista para embargos de retenção de bemfeitorias, com fundamento no art. 579 § 3º do Reg. n. 737 de 1850, visto se tratar de acção reipersecutoria, que é visinha das acções reaes — Maynz, § 137.

E penso que taes embargos devem correr nos proprios autos da execução do formal de partilha, e, portanto, com effeito suspensivo, porque, sendo applicavel o processo de execuções daquelle Reg., *ex-vi* do Dec. n. 763 de 1890, cessou de todo o cahos em que andava mergulhado o ponto de saber quaes são, na execução, os embargos do executado que correm nos proprios autos, quaes em apartado. Hoje são suspensivos todos os embargos enumerados nos arts. 577-581, e somente devolutivos quaesquer outros — cit. Reg. art. 582.

O de retenção de bemfeitorias, como já apontámos, estão enumerados no art. 579 § 3º.

Este é o meu parecer.

*26 de Abril de 1901.*

## CXXII

— Natureza e alcance dos embargos de declaração.

— Fazem, com a decisão declarada, uma só e integral decisão.

## Consulta

A e B resolveram dissolver a sociedade commercial, de que eram os unicos socios, lavrando-se um contracto, em que B, socio gerente da firma dissolvenda, responsabilizou-se pela verdade do balanço, que apresentou ao socio A, e em que este reservou para si o direito de reclamar, dentro de 30 dias, contra as faltas. Dentro do prazo estipulado, A fez contra o balanço tres reclamações e o Tribunal de Justiça, tomando dellas conhecimento, decidiu, quanto á segunda, ser ella procedente e

condemnou B a pagar a A os juros de 9% sobre a importancia da metade da quantia não levantada por A.

Não tendo sido expresso e claro o accordam relativamente á responsabilidade de B em tambem pagar a A a importancia das retiradas mensaes de quatrocentos mil réis, que A deixou de fazer durante todo o tempo da existencia da sociedade, este oppôz ao accordam embargos de declaração, a que o Tribunal deu provimento para declarar que “o direito de A ás quantias, que, na forma do contracto, tinha elle o direito de levantar mensalmente, estava comprehendido virtualmente na condemnação expressa dos juros a ellas referentes.”

B, a seu turno, embargou o accordam e o Tribunal, recebendo em parte os embargos de B para reformar o primeiro accordam, declarado pelo segundo, na parte referente á primeira reclamação, que foi julgada procedente em substancia, mas desattendida em parte, decidiu que subsistisse o accordam embargado de fls. 134 (o primeiro) quanto ás outras duas reclamações sem modificação alguma, conservando-se nesse terceiro accordam o Tribunal silencioso, na parte relativa a estas duas outras reclamações, quanto ao segundo accordam, a que se não referiu, nem para confirmal-o expressamente, nem para reformal-o, tendo, porém, a elle se referido quando disse receber em parte os embargos de B para reformar o primeiro accordam declarado pelo segundo.

Isto posto, e offerecendo-se a certidão dos tres accordams alludidos, pergunta-se:

1º

Dos termos do terceiro accordam, pelo qual o Tribunal recebeu “os embargos de fls. 139 para reformar o accordam de fls. 134, declarado a fls. 143 v., na parte referente á primeira reclamação do embargado... subsistindo o accordam embargado de fls. 134 quanto ás outras duas

reclamações sem modificação alguma”, não se conclue que o Tribunal deu provimento em parte aos embargos só e exclusivamente para modificar o julgado relativamente á primeira reclamação?

2º

O accordam pelo qual o Tribunal deu provimento aos embargos de declaração, constitue uma nova decisão distincta da contida no primeiro accordam, o declarado, ou este se confunde essencialmente com aquelle para constituirem ambos uma só decisão?

3º

O accordam declaratorio de fls. 143 v., é uma modificação do accordam declarado de fls. 134, ou é apenas uma explicação deste para tornar explicito o que no accordam declaratorio estava implicito?

4º

Constituindo o segundo accordam de fls. 143 v., declaratorio do primeiro, parte integrante do accordam declarado de fls. 134, o facto da confirmação deste para que subsista quanto ás duas reclamações sem modificação alguma, não importa na confirmação do accordam de fls. 143 v.?

5º

Confirmado assim o accordam declaratorio de fls. 143 v., a importancia das retiradas mensaes, que A deixou de fazer e a cujo pagamento foi B condemnado implicitamente no accordam declarado e explicitamente no accordam declaratorio, pode e deve ser levada á responsabilidade de B e delle ser exigida?

### **Resposta**

Não vejo razão de ser na duvida.

*1º Accordam*

Julgou procedentes, contra B, as tres reclamações de A, a saber:

1ª Impugnação do excesso de retiradas feitas, a titulo de despesas, pelo dito B;

2ª) omissão, na escripturação, dos juros das quantias que Vaz tinha o direito de levantar, mas deixou na caixa;

3ª) impugnação do pagamento de 3:000\$000 rs. feito por B, por conta da firma, ao advogado d'elle.

Motivada a decisão, julgou o accordam procedentes aquellas reclamações nos seguintes termos:

a 1ª), porque, além da quantia mensal estipulada no contrato, não era licito a B fazer retiradas;

a 2ª), porque, embora o contrato nada dispuzesse a respeito, a prova dos autos, pelo exame de livros, mostrou proceder a reclamação contra a omissão de juros, na importancia ali referida; mas como os dous socios tivessem capital igual, divida-se a quantia não levantada em partes iguaes para se contarem juros só de metade, uma vez que todo o dinheiro ficou no giro da casa, com beneficio de A; taxados os juros em 9%;

a 3ª), porque os serviços daquelle advogado só podiam aproveitar a B.

*2º Accordam*

Declarando o anterior, explicou o segundo accordam:

a) que a condenação ao pagamento de juros tambem comprehendia os correspondentes ás quantias que A deixou de retirar;

b) que, portanto, ficavam julgadas procedentes as tres mencionadas reclamações.

Veiu B. com embargos ao accordam; e tomando conhecimento delles decidiu o

*3º Accordam*

receber *em parte* aquelles embargos, e reformou o primeiro, *declarado* pelo segundo, *na parte referente á primeira reclamação*, para o fim de, *julgando a mesma reclamação procedente em substancia*, mandar que B *fosse obrigado a restituir, do total retirado em excesso, sómente a quóta proporcional ao quinhão social de A com os respectivos juros de 9%*  
SUBSISTINDO O ACCORDAM QUANTO ÁS OUTRAS DUAS RECLAMAÇÕES, SEM MODIFICAÇÃO ALGUMA.

---

Apurando o vencido, temos que B. foi condemnado a:

1º) restituir, dos 18:276\$130 rs., que retirou além do contrato, a quóta proporcional ao capital de A e mais os juros de 9%;

2º) a pagar a A as quantias que este tinha o direito de retirar da caixa, mas não retirou, e mais os juros de 9% sobre metade daquellas quantias;

3º) a restituir á caixa os 3:000\$000 rs. que, por conta da sociedade, pagou a advogado seu.

---

Isto posto, respondo:

*Ao 1º)*

Afirmativamente, como, de resto, ficou expresso no accordam, e se vê das palavras que deixámos sublinhadas.

*Ao 2º e 3º)*

Os embargos de declaração, como esta ultima palavra está dizendo, têm por fim exclusivo provocar a explicação de alguma expressão obscura, equivocada ou ambigua, ou então que o juiz se pronuncie sobre algum ponto que ficou omitido, mas sobre que devia haver condenação. A sua vantagem está, como diz BELLOT, em evitarem que as partes, enganando-se sobre o verdadeiro sentido da sentença, se desvairem na respectiva execução. — Vj. NAZARETH, *Elem. do Proc. Civ.*, vol. 1º, pag. 365. Preenchem, respectivamente á sentença declarada, a mesma função que, na doutrina geral das leis, a lei interpretativa exerce sobre a lei interpretada.

Portanto, assim como a lei interpretativa, incorporando-se na interpretada, não faz com esta mais do que uma só lei — DEMOLOMBE, *Cours de Cod. Napol.*, I, 123 — assim também a sentença declarativa e a declarada reciprocamente se integram para constituir uma só e a mesma decisão.

Na hypothese, o 2º accordam não póde ser tido como modificação do primeiro, sinão unicamente o mesmo 1º accordam explicado; seu conteúdo exclusivo foi *tornar explicito*, como bem se exprime a consulta, *o que estava implicito no accordam declarado*.

Nem podia haver modificação, não só porque o recurso interposto não tendia a esse fim, como porque, si aquelles embargos de A fossem *modificativos*, não seriam julgados, como foram, pelos mesmos tres juizes do 1º accordam, mas, na fórmula da lei, pelo tribunal pleno.

*Ao 4º e 5º)*

Parece que ficam afirmativamente respondidos com a resposta anterior.

O accordam de fls. 134, que condemnou B a satisfazer todas as reclamações de A, com a daclaração constante do de fls. 143 v., de que



as quantias mensaes que A podia ter retirado tambem deviam vencer, na metade, o juro de 9% apenas foi modificado pelo accordam de fls. 233 v. na parte que condemnára B a restituir todo o excesso das retiradas, que fizera, para o condemnar sómente na restituição da quóta proporcional ao quinhão social de A. Tudo o mas *ficou subsistindo*, como em todas as letras está escripto no ultimo accordam.

Este é o meu parecer, salvo o dos doutos.

*S. Paulo, 5 de Janeiro de 1901.*

### CXXIII

— Nas sessões do Supremo Tribunal Federal, uma vez tomados os votos pelo Presidente e annuciado o resultado da votação, não é licito a nenhum dos juizes, na sessão subsequente, mudar de voto, nem por allegar que se equivocára.

### Consulta

Na sessão do Supremo Tribunal Federal de 22 do corrente mez, entrou em julgamento o recurso extraordinario n. 178 do Banco Allemão, sendo recorrido o Dr. Abilio Vianna.

Foi negado provimento por seis votos contra cinco. O Presidente do Tribunal publicou o resultado da votação sem que houvesse minima contradicção, e o relator ficou encarregado de redigir o acórdão.

Que tal foi a decisão, consta da minuta do julgamento publicada no dia 23 em todos os jornaes da Capital, bem como da acta da sessão do dia 22.

Succede que, na sessão seguinte, o Ministro relator, pedindo a palavra, declarou que votára equivocado, no sentido de negar provimento ao recurso, pois o seu voto era dar, provimento. Pelo que pergunta-se: Em vista dos arts. 45, 46 e 92 § 7º do Reg. do Supremo Tribunal Federal, tomados os votos pelo Presidente e publicado o resultado da votação,

nomeando-se os juizes que votárão pró e contra na presença delles e sem contradicção alguma, é licito a algum dos juizes, na sessão subsequente, mudar de voto, allegando ter-se equivocado?

*Rio, 31 de Dezembro de 1900.*

### **Resposta**

A negativa me parece inabalavel.

Os recursos extraordinarios das sentenças definitivas das justiças dos Estados serão julgados, no Supremo Tribunal Federal, pela fórma prescripta no art. 221 do decreto n. 1.030 de 14 de Novembro de 1890 — Regim. do Sup. Trib. Fed., art. 99.

Mas segundo aquelle artigo 221, o processo de taes julgamentos é o mesmo que as extinctas Relações do Imperio observavam no julgamento das revistas concedidas pelo extincto Supremo Tribunal de Justiça.

Ora, tal processo era o da Lei de 18 de Setembro de 1828 e dos Decs. de 9 de Novembro de 1830 e de 17 de Fevereiro de 1838 — Dec. n. 5.618 de 2 de Maio de 1874; sendo ainda certo que, nos pontos não regulados expressamente por alguma regra especial, ou peculiar de taes julgamentos, como fosse a intervenção oral das partes, vigorava o mesmo Regimento das Relações na parte referente ao processo e julgamento das appellações civis.

Taes são as disposições leaes dominadoras do ponto em questão.

---

Dispunha o art. 13 da Lei de 18 de Setembro de 1828, sobre o modo porque o extincto Supremo Tribunal de Justiça julgava as Revistas, que visto o processo pelo ultimo revisor e designado o dia do julgamento, *a portas abertas*, illustrado o Tribunal pelos tres Juizes que tinham visto os autos, e debatida a questão por todos membros presentes, *se decidiria*,

á pluralidade de votos, si devia ou não ser concedida a revista, *lançando-se nos autos o resultado com as razões em que se fundassem*.

Esta disposição passou para o Regimento das Relações de 3 de Janeiro de 1833, art. 55 combinado com os arts. 29 e 30, e deste, para o de 2 de Maio de 1874, ainda em vigor, como em principio se mostrou.

— As sessões e votações serão publicas, diz o art. 53.

— A ordem dos trabalhos nas sessões do Tribunal será a seguinte: discussão e *decisão* de revistas e appellações civis, diz o art. 55 § 5 n. 10.

— O processo das appellações civis será o estabelecido para as appellações criminaes, diz o art. 128, com referencia aos arts. 118 a 122.

— O terceiro Juiz que tiver visto o processo, o apresentará em mesa, pedindo designação de dia para o julgamento, diz o art. 120.

— Discutida a materia por todos os desembargadores presentes *no dia aprazado para o julgamento, decidir-se-á por maioria de votos*, diz o art. 121.

— *Confórme o vencido*, se lançará nos autos, por accordam, a *sentença* do Tribunal, escripta pelo relator e assignada por todos os Juizes, diz o art. 122.

— As actas das sessões serão lavradas da maneira indicada no art. 1 § 1 do Dec. de 15 de Abril de 1834, diz o art. 68.

— Esta acta deverá conter, diz aquelle art. 1 § 1:

4º — uma summaria noticia dos negocios que se expediram, bastando notar a qualidade do processo, os nomes das partes, *a favor de qual dellas foi a decisão*.

— Esta acta será lançada *no mesmo dia da sessão*, e assignada pelo Presidente e Secretario, accrescenta o cit. § 1.

Tudo isso está clara e exuberantemente demonstrando que a causa se ha de decidir no dia designado, publicamente, e no mesmo dia será lançada na acta a sentença do Tribunal, em noticia summaria, nomeada a parte vencedora, bem como lavrado o accordam.

E porque!

A razão está mostrando: é porque um julgamento publico, perante os interessados, e logo lançado nos autos e substancialmente em acta, fez direito entre as partes, terminou o officio do Juiz, que já d'elle não se poderá occupar sinão por via dos recursos legaes, que no caso couberem. *Judex, posteaquam semel sententiam dixit, postea judex esse desinit* — fr. 55 *de re jud.* (XLII, I). E Ulpiano na sequencia do texto dá a razão da regra: é porque o Juiz, desde que condemnou ou absolveu, já não póde reformar sua sentença, porque, *mal ou bem, se desempenhou de sua função* — *semel enim male seu bene officio functus est.* — E' o mesmo preceito da nossa Ord. L. 3 tit. 66 § 6.

Entretanto, como a materia do accordam póde ser intrincada e extensa, e exija, portanto, cuidado e tempo, que facilmente não haverá sobre a mesa do Tribunal, ou a provavel accumulção de serviço torne impraticaveis aquelles actos na mesma sessão, dispõe o art. 65 do cit. Regim. de 1874, *que aos relatores se permitia, quando o solicitarem, que levem os autos para os apresentar com o accordam redigido na sessão immediata*, e o estylo dos Tribunaes tem permittido que a acta seja lavrada no intervallo de duas sessões, para ser approvada e assignada na seguinte.

Mas disto não é absolutamente licito inferir a possibilidade de se alterar o vencido: *a)* porque este, logo que foi publicado, *coram populo*, pelo Presidente, fez direito irretractavel; *b)* porque o relator só obteve prazo para *redigir o accordam, scil., conforme o vencido*; *c)* porque, si a

acta não foi desde logo lavrada, ficaram as notas, pelo Presidente cheias com o resultado da votação, e, logicamente, nomeada a parte em cujo favor se proferiu *a sentença*.

A negativa, portanto, fica demonstradamente inabalavel.

---

A estes argumentos vêm indubitavelmente prestar subsidio os arts. 45, 46 e 92 § 7 do Reg. do Supremo Tribunal Federal, citados na consulta, uma vez que as suas disposições se estendem explicitamente á discussão e decisão dos recursos extraordinarios — art. 31 n. 4 let. k.

---

Esta é a feição positivamente legal do assumpto. Quanto á sua feição moral, essa deixaremos sem commentarios. Basta inquirir: Que será do prestigio dos Tribunaes, si os Juizes votarem por equivoco? Que será da estabilidade das relações de direito, si a mesma causa puder ser ganha hoje e perdida amanhã?

*S. Paulo, 3 de Janeiro de 1901.*

#### CXXIV

— Identidade da *causa petendi* como elemento da *coisa julgada*.

— A decisão na causa de nullidade pelo vicio da lesão não impede que os herdeiros do autor peçam a nullidade pelo vicio da simulação.

— Mas nenhum dos simuladores tem acção contra o outro, para que *ne ex dolo suo lucrentur*.

#### Proposta

Antonio e sua mulher, com fundamento no vicio de lesão, demandaram a rescisão da compra que do sitio X haviam feito, e foram afinal vencidos.

Tendo Antonio falecido, quer-se saber si sua viuva e filhos estarão hoje inibidos de demandar a nullidade da mesma compra com fundamento na simulação?

Contra esta segunda demanda não fará *caso julgado* a decisão da primeira?

### Resposta

A questão se acosta a um dos mais difficeis e interessantes dos problemas contidos na theoria da *coisa julgada*: Que é a *identidade de causa* constitutiva da coisa julgada?

O que seja, dissemol-o suficientemente no § 242 da *Theoria do Processo civil e commercial*. Ali está exposto o compendio das idéas que mais parecem confôrmes aos principios basicos de tão intrincada materia. Eis aqui: *haverá identidade de causa quando em uma e outra demandas o mesmo fôr o fundamento legal do direito que uma parte faz valer contra a outra*.

Nesta these está latente o conceito de Cujacio: *Res judicata est* NEGOTIUM DE QUO *sententia lata est*; quer dizer, com Gogliolo, *Cosa giudicata*, ha *coisa julgada* quando na segunda demanda se reproduz a *relação juridica* já resolvida na primeira.

Ora, a *causa petendi* da primeira acção de Antonio e sua mulher foi a lesão. Só esta relação juridica foi o *fundamento legal do direito, que elles fizeram valer contra o vendedor* — vide Lacoste, *Chose jugée*, n. 389; só ella foi debatida e julgada, e só ella, portanto, constituiu o *caso julgado* — vide o citado Cogliolo, pag. 183 e segs.

Mas sendo a *simulação* fundamento legal de acção de nullidade differente do outro, e sendo mais certo, pela regra exposta, que *autant de vices on aura à faire valoir, autant on pourra former de demandes* — cit. Lacoste, n. 400; nossa *Theoria do Processo*, nt. 4 ao cit.

§ — parece fóra de duvida, á primeira vista, que a sentença da primeira demanda não poderá obstar a segunda acção que a viuva de Antonio quer propôr para o fim unico de annullar a compra do sitio X.

Entretanto, mais uma vez deve vigorar o brocardo segundo cuja sabedoria — *minima circumstantia facti magnam inducit diversitatem juris*. Penso que a viuva de Antonio não poderá utilmente intentar a segunda acção ora pretendida.

Eis porque.

A acção de lesão presuppõe que houve, naquelle que a promove, vontade séria e effectiva de celebrar o contracto de compra-venda, apenas em cujo preço foi enganado, ainda que o engano não procedesse da outra parte, mas tão sómente da propria simpleza — Ord. IV, 13 pr.; Arndts, *Pandec.*, § 60. Em uma palavra: a acção de lesão presuppõe um contracto de compra-venda perfeito em todos os seus elementos psychicos, objectivos e formaes. Só no *quantum* do preço pago ou recebido é que houve erro.

Ora, simulação é o acto malicioso pelo qual as partes convencionaram o que realmente não queriam convencionar, ou seja para prejudicarem terceiro ou para illudirem a disposição de qualquer lei — *Consolidação das Leis Civis*, art. 358. Ou seja absoluta — isto é, não tiveram em mira celebrar acto algum juridico, e então a declaração de vontade não tem nenhuma efficacia, ou seja relativa — isto é, quizeram celebrar acto diverso do expresso — *colorem habet, substantiam verò alteram*, e então se annulla o proprio acto expresso — Capelli, *Degli atti simulati*, apud Serafini, nt. 5 ao cit. § 60 de Arndts — a simulação tem muita similhaça com o dólo e annulla o contracto — Ord. IV, 71; Coelho da Rocha, § 101, nt.

Mas como a ninguem é licito allegar o proprio dólo, pois *nemo de improbitate sua consequitur actionem* (fr. 12 § 1º de *furtis*), para que

*ne ex dolo suo lucrentur* (fr. 12 de *dolo malo*) assentam os escriptores, e é de direito puro, em que a acção de nullidade por simulação jamais poderá competir a um dos simuladores contra o outro.

Isto posto, tendo Antonio e sua mulher já tentado acção de lesão contra o vendedor para rescisão da compra de que se trata, e della decaído, me parece que a dita mulher, hoje viuva, não tem direito á acção de nullidade por simulação para aquelle mesmo fim. A *causa proxima* da primeira acção exclue a segunda pretensão: como arguir hoje de simulada a compra que hontem se confessou perfeita e acabada, tanto que se pediu diminuição no preço. *Non placet Janus in jure*.

E não tem aquelle direito ainda porque figurou na primeira acção: foi, pois, uma das partes simuladoras.

---

Quanto, porém, aos filhos de Antonio, nada obsta a que possam annullar a dita compra simulada.

Assim me parece.

*Outubro, 1892.*

## CXXV

— Depois do despacho que recebeu e mandou autoar a queixa e ouvir o accusado, já não pode o juiz fazer trancar o processo com o pretexto de nullidade da mesma queixa.

— Pendente o summario de culpa, só mediante os termos do processo pode o juiz conhecer de nullidades.

## Pergunta-se:

Pode o Juiz, que recebeu a queixa, e pendente o summario de culpa, decretar a nullidade da mesma queixa, mandando trancar o processo?



## Resposta

A hypothese já foi resolvida negativamente no accordam da Relação de S. Paulo, de 6 de Setembro de 1875, publicado n' *O Direito*, vol. IX, p. 331. E a meu vêr foi bem resolvida.

— “A queixa, como ali se diz, só poderia deixar de ser recebida quando o Juiz, sendo-lhe a mesma apresentada, teve de pronunciar-se sobre ella, mas não depois do despacho que a mandou autoar, e de já em virtude della ter sido ouvido o Suppllicado, porque esse despacho já fôra de acceitação da queixa, e iniciado estava o processo.”

E' assim mesmo; aliás, se desorganizaria o systema formal do processo. Ao lhe ser apresentada a queixa deve o Juiz, para o fim de a receber ou não, verificar si está ella nos termos do art. 72 e segs. do Cod. do Proc. crim., pois até lhe cumpre, requerendo a parte, mandar sanar as faltas que ostensivamente ella trouxe — art. 25 § 3º da L. de 3 de Dezembro de 1841. Accresce ser licito ao queixoso ratificar a queixa, e deve então o juiz reperguntar as testemunhas que já houverem deposto bem como perguntar as que de novo forem produzidas — arg. do art. 224 Cod. Proc.

Mais ainda. Do despacho que não acceita a queixa ha o recurso do art. 17 § 2º da L. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 — recurso já anteriormente admittido pela praxe forense — Pimenta Bueno, *Proc. crim.*, n. 314.

Constituindo taes regras verdadeiros postulados do processo criminal, bem se vê não ser licito, iniciado o processo, julgar nulla a queixa. Este julgamento só compete ao juiz da instancia superior quando conhecer do processo, ou por via do recurso que o réo interpuzer do despacho de pronuncia ou por via da appellação da sentença condemnatoria.

Veja-se o Av. de 20 de Agosto de 1851, cuja doutrina, no que tem de geral, bem pode se aplicar ao caso de queixa.

Este é o meu parecer, sujeito a melhor.

*Janeiro de 1892.*

## CXXVI

A Camara Municipal, que emite titulos de credito, tem direito de auxiliar a Justiça Publica no processo e accusação dos falsificadores de taes titulos.

### Pergunta-se:

A Camara Municipal, que emite titulos de divida, poderá intervir, como parte offendida, e nos termos do art. 408 Cod. Pen., no processo que a Justiça Publica promover contra os falsificadores desses titulos?

### Respondo:

Evidente se me afigura a affirmativa.

Em todos os termos da acção intentada por denuncia ou *ex-officio* poderá intervir a parte offendida para auxiliar o ministerio publico — tal é a disposição expressa do art. 408 do Codigo Penal. A Camara Municipal que emite titulos de credito é ou não offendida pela falsificação de taes titulos? Nem sei como se possa cogitar da negativa. Será porque a Camara emissora não é obrigada a pagar os titulos falsificados? Dois argumentos, a meu vêr de procedencia manifesta, destróem a pretendida objecção.

Em primeiro logar, a descoberta da falsificação, si evita, é certo, que a Camara tenha effectivo prejuizo pecuniario, pois não pagará juros nem resgate de taes titulos, não impede que se consumma o prejuizo do seu credito, inevitavelmente abalado pela falsificação de seus titulos.

A falsificação trazendo a desconfiança ao mercado de fundos, importa a baixa na cotação dos titulos verdadeiros: pois haverá quem

conteste que esta baixa traz por sua vez prejuizo no credito do emissor? e quem ponha em duvida que este prejuizo colloca o mesmo emissor na situação juridica de parte offendida pelo delicto de falsificação? Não é sómente a lesão do patrimonio real que constitue o *interesse direito* capaz de bem qualificar a parte offendida.

O interesse moral tem igual força.

Eis aqui a lição de um dos mais autorizados processualistas: "Il ne faut pas confondre l'intérêt *moral* avec l'intérêt *indirect*. Un homme peut être lésé dans son crédit aussi bien que dans sa personne e ses propriétés. Son droit d'intervention est incontestable s'il est certain que cette lésion morale a été *le résultat a'un crime ou d'un délit, car le préjudice qu'elle produit est non moins grave et peut être parfaitement apprécié*". — Faustin Hélie, *Tr. de l'Instr. criminal*, vol. 1º, n. 543.

Logo, ainda quando fosse exacto, o que seria facilmente contestavel, que aquella falsificação só trouxe á Camara prejuizo moral, ainda assim seria ella incontestavelmente parte offendida.

E, em segundo logar, sendo insusceptivel de controversia que a Camara podia dar queixa contra os falsificadores dos seus titulos — e negar que o podia ou pode, fôra o mesmo que contestar o direito daquelle cuja firma é falsificada de processar o falsado — nada menos seria do que grosseiro absurdo excluil-a do direito de auxiliar o ministerio publico nos termos da acção intentada contra os mesmos falsificadores.

Mas uma vez, portanto, parece incontestavel a affirmativa: a Camara Municipal que emette titulos de credito pode, como parte offendida, nos termos do art. 408 do Codigo Penal, auxiliar a Justiça publica na acção intentada contra os falsificadores desses mesmos titulos.

Salvo melhor parecer.

*São Paulo, 22 de Maio de 1903.*

## CXXVII

- Elementos da pronuncia.
- Intelligencia dos arts. 144 e 145 Cod. Proc. Crim.

### Promoção

A denuncia não pode deixar de ser julgada procedente. Ficou plenamente provada a existencia do delicto e ha nos autos vehementes indicios de ter sido a denunciada a respectiva autora.

E desde já ponhamos fóra de discussão possivel a ingenua pretenção do illustrado patrono da defesa — de ser inevitavel a não-pronuncia por não fornecerem os autos elementos de *convicção* de criminalidade contra a Ré. A exacta interpretação dos arts. 144 e 145 Cod. Proc. Crim., posta em seguro contra eufemismos e sophismas, vai convencer de que aquelle sublinhado substantivo nada tem a fazer na economia legal da pronuncia. Aliás, si para caber a pronuncia fosse de mister convicção sobre a autoria do delicto, completa seria a confusão das duas phases principaes em que se biparte o nosso processo criminal: a da formação da culpa e a do julgamento. Por outra; entre os arts. 144 e 145 Cod. Proc. Crim. e 36 Cod. Crim.<sup>1</sup> desapareceria a linha que os divide e discrimina.

Naquellas disposições doCodigo do Processo Criminal está a viva expressão de uma previdencia salutar, previdencia que só o será enquanto o art. 144 interpretativamente se prender ao seu immediato. Isolado o primeiro, talvez apoiasse a pretenção da defesa, isto é, que sem a convicção da criminalidade do denunciado não pode haver pronuncia — pois tanto poderia valer a locução *o juiz se convencer*, ali empregada. Mas o art. 145 veio trazer restricções, ditadas no interesse superior da Justiça, á liberdade psychica do juiz formador da culpa, pelas quaes o interprete chega á conclusão seguinte: que para a pronuncia basta que o juiz,

---

<sup>1</sup> Art. 67 doCodigo de 1890.

havendo certeza da existencia do delicto, adquira *indícios vehementes* de quem seja o delinquente.

Tal é a função do juiz na primeira phase do processo criminal, ou da formação da culpa. Até então, o denunciado não ficou definitivamente tido como autor do delicto; era mesmo possível que duvidas houvesse sobre a imputação a elle feita; mas como o summario de culpa não é um processo integral ou composto de todos os elementos capazes de expurgarem a verdade de quaesquer vacillações ou incertezas, elementos que só no plenario podem reunir o maximo de intensidade material e psychica, e, portanto, seguro criterio para a condemnação do réo, a frequentes naufragios se arriscaria a justiça si a lei fizesse depender de convicção, quer dizer, de prova plena, o acto provisorio da pronuncia.

Esta mesma doutrina já foi recommendada no Av. de 16 de Fevereiro de 1854, em quasi seu integral sentido e alcance.

E porque no plenario outros são os elementos de prova, havendo então de mister a evidencia, é que o citado art. 36 dispõe que *nenhuma presumpção, por mais vehemente que seja, dará motivo para a imposição de pena*. A condemnação presuppõe evidente a imputação criminal; seus effeitos são quasi irremediaveis — e por isso lhe não bastam presumpções. A pronuncia, porém, não vai tão longe; os indícios que lhe serviram de fundamento podem ainda ser destruidos pela prova do plenario, e a absolvição lhe apagará por completo os effeitos provisorios. Nem a prisão preventiva se considera pena.<sup>1</sup>

Tambem esta doutrina já recebeu consagração official: consagraram-na os Accs. do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Abril de 1849, de 19 de Julho de 1865 e outros — Vide Mafra, *Jurisp. dos Trib.*, ns. 46 e 289.

Demais, si entre o encerramento do summario de culpa e o plenario novas provas podem apparecer que acabem com as oscillações

---

<sup>1</sup> Art. 60 do Cod. Pen. de 1890.

em que possivelmente tivesse ficado envolvida a certeza da autoria do delicto, fôra desarmar inconvenientemente a Justiça não lhe dar os indícios, quando vehementes, como elemento bastante para a pronuncia.

Isto posto, confiamos em que não pesará no animo do Meritissimo Juiz summariante aquella extravagante pretenção da defesa. Sempre e em toda parte se entenderam assim as citadas disposições de nossas leis criminaes, e assim por todos os escriptores foram commentadas. *Quod semper, quoa ubique, quod ab omnibus.*

*Promotoria Publica de S. Paulo, Janeiro, 1875.*

### **CXXVIII**

— O réo preso não tem a escolha do fôro da prisão ou da fiança ou daquelle a que era sujeito.

— A L. de 11 de Setembro de 1830, que conferia aquella escolha, foi revogada pelo Decr. n. 763 de 19 de Setembro de 1890, combinado com o art. 739 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

### **Consulta**

A' vista do decreto n. 763 de 19 de Setembro de 1890, que mandou applicar ao processo, julgamento e execução das causas civis em geral as disposições do regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850, — ainda está em vigor a lei de 11 de Setembro de 1830 *que dava ao réo preso a escolha do fôro da prisão, ou da fiança, ou daquelle a que era sujeito?* Vide art. 739 do citado reg. de 1850.

### **Resposta**

Penso que não.

E a razão é porque, tendo a L. de 11 de Setembro de 1830 revogado a Ord. liv. 3º tit. 9 § 12, foi por sua vez derogada pelo art. 719 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, que dispoz ácerca das causas

commerciaes propostas ou movidas contra quem esteja ou venha a ser preso, sem coisa alguma dizer sobre a eleição de fôro, que dest'arte somente nas causas civis continuou a ser facultada a taes réos. Ora, o Dec. n. 763 de 19 de Setembro de 1890, mandando applicar ao processo civil, salvo nos pontos ali indicados, o citado Reg. n. 737, tambem por sua vez revogou a L. de 1830.

Si o Reg. n. 737 nada tivesse disposto a respeito do ponto em questão, não hesitáramos em dar como vigente a L. de 1830, pois fôra incivil ter como revogada, por lei de caracter geral, disposição de lei singular. Saredo, *Trat. delle leggi*, P. 1º, cap. IV, sez. IV; Thibaut, *Interpr.*, § 40.

Salvo melhor parecer.

*S. Paulo, 5 de Agosto de 1896.*

### **CXXIX e ultimo**

— Nullidades do processo criminal.

— Constitue nullidade:

1º Figurarem no conselho de julgamento jurados cujos nomes não constam de peça alguma dos autos.

2º Não tendo comparecido á sessão do julgamento uma só das testemunhas arroladas, e havendo o autor requerido o adiamento, não decidir o juiz por si o incidente, e consultando o conselho, proseguir no julgamento por haver este assim opinado.

3º Depôrem no plenário, sem preceder intimação ao réo, testemunhas não arroladas no libello, ainda que houvessem deposto no summario.

4º O reconhecimento de circumstancias aggravantes e attenuantes reciprocamente incompatíveis.

## Resposta

Lida attentamente a consulta e examinados os autos juntos, assim respondo aos quesitos propostos:

*Ao 1º*

Sim. E' nullidade insanavel terem formado o conselho de julgamento alguns jurados cujos nomes não constam do edital de convocação do jury nem de outra qualquer peça dos autos.

Uma das formalidades essenciaes do jury é a da publicação por meio de editaes, insertos na imprensa e affixados na casa das sessões do jury, dos nomes dos quarenta e oito jurados que hão de constituir a sessão convocada. Mas o cuidado que as legislações dos povos cultos puzeram no modo da formação do conselho de sentença (vide, para ex., André Founier, *Cod. de Proc. crim. de l'État de New-York*, pag. CII e segs., Florentino Gonzalez, *Informe sobre elCodigo de Procedimiento crim.* de Buenos Aires, pag. 100 e segs., Garofalo e Carelli, *Riforma della Procedura pen.*, pag. CCL e seguintes), as minudencias a que desceram, principalmente no que respeita á publicidade dos actos preparatorios da reunião do jury, pois sempre se considerou tal publicidade, no dizer de Faustin Hélie (*Tr. de l'nstruct. crim.*, VII, 3190), como *la principale de ces formes* — tudo isso não tem por unico fundamento a necessidade de fazer sciente aos jurados que foram sorteados para tal dia e que devem comparecer. A este resultado, como diz Gonzalez, se chegaria mediante intimação feita por officiaes do juizo. E' tambem fundamento de taes disposições a necessidade de fazer conhecidos dos accusados os nomes dos julgadores, afim de que elles ou se afirmem na segurança da imparcialidade dos seus juizes ou se preparem nos meios de os inhabilitarem ou de os suspeitarem, si para tanto houver motivo. — Boitard, *Léc. de Dr. Pen. et d'Instr. Crim.*, pag. 644.



Demais, assentando a legitimidade dos actos judiciaes na respectiva authenticidade, como affirmar a legitimidade do julgamento quando neste intervierem juizes cujo sorteio não estiver authenticado nos proprios autos?

Foi sem duvida por estas ponderações, que os art. 237 do Cod. Proc. crim. e 330 do Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 prescrevem que, além dos jurados e das testemunhas, sejam os accusados tambem intimados do sorteio dos juizes de facto.

Dir-se-á que aquelles jurados foram sorteados da urna suplementar, depois do sorteio constante do edital?

Mas o Decr. n. 558 de 26 de Junho de 1850, art. 2º, e o do n. 693 de 31 de Agosto do mesmo anno, mandam que se applique ao sorteio dos jurados supplentes as mesmas disposições referentes ao dos da urna geral; e si é indeclinavel ajuntar aos autos copia do edital — sob pena de nullidade: Acc. da Rel. de S. Paulo, de 18 de Setembro de 1874 (*Gaz. Jur.*, V, 80, *O Direito*, V, 692) e muitos outros julgados — era de rigor que dos autos constasse, para que se pudesse conhecer quaes os jurados sorteados para a sessão — motivo do aresto da Relação de S. Paulo — copia da acta do sorteio dos supplentes — Acc. do Supr. Trib. de Just. de 22 de Fevereiro de 1871, na Rev. n. 2053 (Ottoni, *Nul. do Proc. Crim.*, n. 49); Acc. da Rel. do Rio de Janeiro, do 1º de Março de 1861 (*id.*, n. 110).

— E' nullidade fazerem parte do jury de sentença jurados que não consta da acta por copia, nem de peça alguma do processo, que tivessem sido sorteados e convocados anteriormente por seus nomes para fazerem parte do tribunal, como requer o art. 4º do Dec. n. 693 de 31 de Agosto de 1850 — Acc. da Rel. da Fortaleza, de 2 de Junho de 1874 (*id.*, n. 136).

Eis ahi a these unica verdadeira.

Ao 2º

Eis a hypothese:

— Não compareceu á sessão do julgamento uma só das testemunhas arroladas. O advogado do Autor requereu o adiamento da sessão. O juiz submetteu ao conselho dos jurados a decisão do requerimento, e tendo o conselho se pronunciado pelo indeferimento, proseguiu o plenário.

Penso que dahi resultaram duas nullidades substanciaes:

**A.** Não ter o juiz decidido por si o incidente — o que importou em flagrante violação do art. 281 Cod. Proc. Crim.

— “Todas as questões incidentes, de que dependerem as deliberações finaes, serão decididas pelos juizes de facto, ou pelo juiz de direito, segundo a materia pertencer a uma ou outra classificação; havendo duvida si a questão é de facto ou de direito, o juiz de direito decidirá com recurso para a Relação.” —

Ora, que se tratava de uma questão de direito, quaes são as que se referem á organização do processo — Pimenta Bueno, *Apont. sobre o Proc. crim. braz.*, ns. 210 e 224; Ramalho, *Elem. do Proc. Crim.*, § 211 — não haverá quem conteste. E quando mesmo houvesse duvida, lá estava a lei impondo ao juiz de direito o dever de decidir por si o incidente.

**B.** A opposição do Autor bastava para determinar, sob pena de nullidade, o adiamento — Acc. de 11 de Novembro de 1864, na App. 4812; cit. Ramalho, § 212.

E a razão da nullidade vem:

a) De ser principio geral de direito, que a recusa de uma faculdade ou de um direito conferido em lei importa a nullidade do acto que occasionou o gravame. Em relação ao processo criminal são expressos os codigos da França e da Italia nos arts. 408 § 2º e 640 § 1º

— vid. Faustin Hélie, obr. cit., vol. 6º, n. 2919 e 8º, n. 3985, e Madia, *Ist. Di proc. pen.*, vol. 1º § 270; e entre nós a generalidade do art. 301 Cod. Proc. Crim. não repelle o principio, aliás consagrado no fr. 21 § 1º *de testibus* (XXII, 5).

b) De que o não comparecimento importa em falta de prova, visto ser corrente que as testemunhas inquiridas no summario só fazem prova para a pronuncia, mas não para a condenação. Para este fim é preciso que ellas se façam judiciais — Ramalho, § 212.

Alexandre, na accusação contra Aper, não poudé produzir testemunhas, e pretendeu servir-se de depoimentos escriptos. — Não admitto tal, disse Adriano no fr. 3 § 3º D. *de testibus: nam ipsos interrogare soleo.*

### Ao 3º

Prescrevem os arts. 255 Cod. Proc. crim. e 341 do Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, que o escrivão entregue ao réo, ao tempo que o notifica da sessão do julgamento, copia do libello, dos documentos e do *rol das testemunhas*. O direito francez faz mais: manda dar copia do depoimento das testemunhas — *Cod. d'instr. crim.*, art. 305.

E a razão a dá Pimenta Bueno, n. 198: informar o réo da prova que elle tem de combater. Constitue solemnidade essencial, de que a lei faz um direito perfeito dos accusados.

Nem para o fim de não poderem ser inquiridas no plenario testemunhas que não foram arroladas no libello, salvo no caso do art. 265 Cod. Proc. crim., que não é o dos autos, obsta a circumstancia de terem sido inquiridas no summario: 1º) porque, como já dissémos na resposta ao 2º quesito, as testemunhas do summario só fazem prova para a pronuncia; 2º) porque testemunhas novas no plenario se dizem justamente as que não foram arroladas no libello, porque só com as que o

foram contra o accusado, e só contra estas preparou a defesa. A jurisprudencia neste ponto é uniforme e abundante.

#### Ao 4º

O jury reconheceu simultaneamente o concurso das circumstancias aggravantes da noite e da superioridade em forças e armas, e das attenuantes da desaffronta de grave injuria e da provocação.

O erro psychico é palmar. Taes aggravantes e attenuantes de tal modo se excluem, que reconhecer umas e outras é grosseiramente ferir de morte os principios mais vulgares da materia.

Uma vez que o jury reconheceu que o accusado praticára o delicto impulsionado pela acção daquellas duas attenuantes, é por completo impossivel haver o mesmo delicto como aggravado pelas mencionadas aggravantes. Desde que a actividade psychica do autor de um delicto é excitada pelos estímulos energicos de uma paixão violenta, tão intensa (e desta categoria são decerto as figuradas na consulta) que *os actos*, no dizer de Del Boeuf (*La psychologie comme science naturelle*, pag. 100), *passam da consciencia para a inconsciencia*, ou que, segundo Claudio Bernard, *apud* Polleti, *Il sentimento nella scienza del diritto penale*, pag. 21, se opéra uma *destruição funcional* na psychica do agente, necessariamente ha de se apagar o caracter juridico de qualquer aggravante, para meramente ficar o facto, só por si inhabil como ponderador da imputação. Si a provocação é por muitos qualificada, não simplesmente uma *circumstancia*, mas uma *excusa* attenuante — Sarrau de Boinet, *Des excuses légales en droit pénal*, pag. 63 e outr., como poderá supportar aggravante qualquer? Nas condições psychicas em que se acha o homem provocado e injuriado gravemente, como aggravar o delicto porque, na occasião do facto, já o sol havia transposto o poente, ou porque a victima do delicto, mas agente activo da injuria e da

provocação, trazia armas inferiores e era mais fraco do que o autor do homicídio, vítima da provocação e da injúria?

Nem se diga que o jury só tem que responder quanto aos factos, e os factos eram aquelles; que extranhas lhe são as questões scientificas, maximé de psychologia, muito elevadas para a rasteira compreensão da maioria dos nossos jurados. "Que seja, já dissemos algures<sup>1</sup>: mas o que é então inadmissivel, por completamente revoltante, é que se conclúa pela sustentação de um sentença provinda da ignorancia. Não; desmanche-se o absurdo, e, ou se acabe com o jury, ou trate-se de apurar a idoneidade dos juizes. E isto principalmente porque, como bem disse Lesser (*The Jury system*, pag. 174), *it is necessary to prepare the soil before transplanting the flower*.

Isto é que é moral, politico e juridico."

*Maio, 1902.*

**FIM**

---

<sup>1</sup> Na appellação criminal de Piracicaba, n. 2121, a que o Tribunal de Justiça deu provimento por acc. unanime de 6 de Junho de 1901.

## INDICE ALPHABETICO

---

### A

#### Acção

Seus elementos juridicos.

Não a tem contra o Governo o candidato que não foi nomeado posto que classificado em concurso e proposto — Cons. LXXX, pag. 345.

#### Acção de furto

Não a tem a Companhia de estrada de ferro que indemnizou o dono de mercadorias furtadas de seus armazens — LXIV, 250.

#### — Pauliana

Cabe contra a hypotheca que de todos os seus bens fez o devedor insolvente em favor de um dos credores com prejuizo dos outros.

Condições para o exercido da acção Pauliana — XXII, 53.

#### Acções promovidas

contra os socios de uma sociedade em commandita para que façam bom o capital, estão presas pela *continentia causarum* — LV, 192.

#### Actio empti

E' a que tem o credor que recebe, em dação *in solutum*, numero determinado de alqueires de terras, avaliadas em preço certo, e posteriormente verifica falta de alqueires.

Esta acção só prescreve em 30 annos — XXXIV, 91.

### — quanti minoris

E' a que protege o comprador contra os vicios redhibitorios da coisa vendida — XXXIV, 91.

### Actos de commercio

Seus caracteres — LXXXVI, 363.

### Accessão mixta

O proprietario do solo adquire, por accessão mixta, as plantações que outrem faz no mesmo solo.

Nem porque estas valham mais do que as terras, pode o plantador requerer adjudicação das mesmas terras.

Mas tem direito a ser indemnizado na proporção do maior valor que as plantações trouxeram ao predio — XXXV, 94.

### Adjudicação de bemfeitorias

Vid. *Bemfeitorias* — CXXI, 491.

### Adulterinos

São taes os filhos do divorciado com a concubina — VIII, 17.

### Advogado

Como se regula a precedencia que deve ter nos tribunaes e juizos singulares — CV, 430.

— De corporações publicas não precisam de juntar procuração aos autos de cada causa em que funcionem naquella qualidade — CXV, 463.

## **Agente de negocios**

E' mandatario, com direito á commissão estipulada logo que approxima as partes, ainda que estas tenham depois fechado directamente o negocio — XVI, 39.

## **Aguas**

O dono ou possuidor de um predio agricola, que não é atravessado nem banhado pelas aguas procedentes de outro predio superior, não póde desviar, em proveito proprio, o curso das mesmas aguas.

A prescripção trintenaria é a unica que lhe pode aproveitar — XXXVII, 102.

## **Ajudante de cartorio**

O que é habilitado equivale a escrevente habilitado

Pode substituir os serventuarios nos impedimentos até oito dias — CIV, 427.

## **Alienação**

De immoveis pertencentes a menores orphãos feita fóra de hasta publica é nulla — I, 1.

## **Alugueis de casa**

A falta do respectivo pagamento não resolve *ipso jure* o contrato de aluguel — XXXI, 83.

— Estipulada a multa em contrato de aluguel de casa, pode o proprietario, depositando o valor da multa, exigir o predio.

Não lhe é applicavel a pena da Ord. IV, 24 § 1º — XXXII, 88.



— Contrato de aluguel de casa feito por firma commercial se resolve pela dissolução da mesma firma — LI, 169.

### **Animus injuriandi**

Suas regras — LXXI, 291.

### **Apostas de corridas**

Intelligencia do art. 370 § un. Cod. Pen. — LXXIV, 305.

### **Arrecadação de herança**

XVII, 41.

### **Arrematação**

Fica de nenhum effeito annullada que seja a execução em cujos termos se effectuou — CXX, 489.

### **Assembléas geraes de accionistas**

De sociedades anonymas só pôdem resolver sobre os assumptos que explicitamente motivaram a respectiva convenção — LVIII, 211.

### **Assembléas provinciaes**

Do tempo da monarchia, extinctas pela Republica. Não subsistem nos actuaes congressos estaduaes nenhuma das attribuições que aquellas exerciam — LXXXIII, 253.

### **Assignatura do carregador**

Sua falta não importa nullidade ao conhecimento de carga — XLVII, 138.

## **Autopsia**

Pode ser eficaz mesmo dezanove dias depois da inumação.

E' indispensavel, em falta de outras provas, á imputação do crime de homicidio — XCIX, 405.

## **B**

## **Bemfeitorias**

Um caso de adjudicação de bemfeitorias de terceiro, feita com opposição deste — CXXI, 491.

## **Bens adquiridos**

Na constancia do casamento celebrado sob o regimen dotal se communicam, não havendo declaração expressa em contrario.

No direito francez a communicação só se dá quando convencionada — XCVII, 391.

## **Bens já arrestados**

por um credor não podem ser objecto de hypotheca, mesmo judicial, em favor de outro credor.

O primeiro pode vir com esta razão de nullidade no concurso de preferencia aberta pelo segundo — XXVII, 72.

## **Binuba**

O que seja nos termos do art. 94 do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890.

Seus direitos sobre os bens dos filhos — VII, 15.

## C

### Caixas Economicas

São pessoas juridicas, de direito substantivo. Não podem ser creadas sem licença do governo federal — LXXVI, 327.

### Calumnia e injuria

O que sejam e em que se distinguem — LXVIII, 269. *idem*, *idem* — LXIX, 274.

### Camaras Municipaes

Extensão de sua competencia administrativa na execução das leis que as autorizam a contratar obras de interesse publico — LXXXV, 359.

— Sua responsabilidade pela caducidade que ellas proprias decretam dos contractos que celebram com terceiros — LXXXV, 359.

— Não podem conceder privilegios que importem restricção á liberdade das profissões industriaes.

Mas não são obrigadas a indemnizar o concessionario de algum privilegio que por aquella razão seja declarado caduco — LXXXVII, 366.

— Seus contractos com companhias que explorem serviços de utilidade publica se regulam pelos principios geraes do Direito das Obrigações — LXXXVIII, 369.

— Seu direito de deliberarem por si sobre *servidões, estradas e caminhos* do municipio só comprehende bens municipaes.

Não póde se referir a caminhos pertencentes a particulares, e por estes abertos para uso proprio, communicando duas ou mais fazendas entre si — LXXXIX, 374.

— Em regra não gozam da acção executiva sinão para a cobrança dos impostos e multas municipaes — CXV, 463.

— Sua acção combinada com a das autoridades policiaes no serviço de inspecção dos theatros publicos.

Função de cada uma dellas — XCI, 377.

— A Camara Municipal, que emette titulos de credito, tem direito de auxiliar a Justiça Publica no processo da accusação dos falsificadores de taes titulos — CXXVI, 504.

### **Candidato ao magisterio**

O candidato classificado em concurso e proposto á nomeação não tem por isso direito de exigir a mesma nomeação — LXXX, 345.

### **Capacidade civil**

A capacidade civil dos celebrantes de qualquer acto de direito privado se determina pela respectiva lei nacional.

Assim, não privando a lei austriaca o marido do direito de alhear immoveis sem outorga da mulher, pode hypothecal-os independentemente de exhibir procuração della — XCIV, 386.

### **Capital de sociedades anonymas**

O capital das sociedades anonymas pode ser reduzido por deliberação da assembléa geral dos accionistas — LVII, 208.

## Casamento

No direito internacional privado regula-se pela lei nacional do marido — XCV, 389; XCVII, 391.

## Casas de Misericórdia

Não podem contratar o serviço de enterramentos — LXXXVI, 363.

## Cessão

que a terceiro o cliente faça do negocio que originou o contrato de honorarios é, para o advogado, *res inter alios* — XXXIX, 111.

## Cessão de créditos

Sua natureza e admissibilidade — XXXIII, 89.

## Citação edital

Para que seja regular basta que se dê prova relativa da incerteza do lugar.

A prova posterior de que o citando estava em lugar sabido não basta para invalidar aquella citação — CVI, 431.

## Coisa julgada

Identidade da *causa petendi* como elemento da *coisa julgada*.

A decisão na causa de nullidade pelo vicio de lesão não impede que os herdeiros do autor peçam a nullidade pelo vicio da simulação.

Mas nenhum dos simuladores tem acção contra o outro — CXXIV, 501.

## **Coisa litigiosa**

Alienada que seja a coisa litigiosa, contra o alienante, e não contra o adquirente, deve proseguir a acção — CXI, 457.

## **Collação**

A ella não deve vir o valor de escravos que o herdeiro recebeu por adiantamento de legitima, ainda quando houvesse passado documento por esse valor — III, 7.

## **Commissão aos agentes de negocios**

Tem direito a ella o agente de negocios logo que aproximou as partes contractantes, ainda que estas tenham depois fechado directamente o negocio — XVI, 39.

### **— aos incorporadores de sociedades anonymas**

Podem ser deduzidas do capital subscripto.

Critica do art. 20 do Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891— LIX, 213.

## **Commisso emphyteutico**

Regras concernentes ao commisso e respectiva acção — XXXVI, 99.

Vide *Emphyteuse*

## **Communhão de bens**

E' valida a clausula pela qual, em contrato ante-nupcial, o esposo estabelece a communhão para o caso em que venha a fallecer antes da esposa — IX, 18.

— Entra nella tudo quanto, de futuro, qualquer dos conjuges adquirir por qualquer titulo.

Esta aquisição é perfeita e desde logo definitiva: assim, dissolvida a *communhão* pela morte de um dos conjuges, continua o sobrevivente no dominio da metade do patrimonio conjugal.

Dá-se nas segundas nupcias, da mesma fôrma e nos mesmos termos que no primeiro matrimonio, ainda que haja filhos do primeiro leito — X, 20.

### **Cummuni dividundo**

Na *communi dividundo*, contestada a acção, não é licito a nenhum dos communheiros alienar a coisa dividunda.

Nulla é a alienação como de coisa litigiosa.

Contra o alienante, e não contra o adquirente, deve proseguir a acção — CXI, 457.

### **Companhia de tramways**

Extensão do direito de taes companhias sobre os trilhos de sua propriedade — LXXXVIII, 369.

### **Compensação de injurias**

Para que se dê, é indispensavel a prova das injurias compensadas — LXVIII, 269.

### **Competencia**

do fôro do logar onde se obrigou a succursal de casa estabelecida em paiz estrangeiro para lhe abrir a fallencia por causas provindas das alludidas obrigações — XCVI, 390.

— do Poder Executivo na regulamentação das leis — LXII, 234.

- do Poder Legislativo estadual ordinario para decretar a mudança da capital do Estado de um para outro logar — LXXVII, 336.
- O juizo competente para conhecer das causas sobre contrafacção de marcas de fabrica deve ser o estadual — XLVI, 132.

### **Complicidade**

Seus elementos e caracteristicos — LXXII, 299.

### **Concurso de vontades no crime**

O só concurso da vontade basta para a co-delinquencia — LXII, 248.

### **Condictio indebiti**

Não cabe contra pagamento de commissões feito aos incorporadores de sociedades anonymas, deduzidas do capital subscripto — LIX, 213.

— Não cabe em se tratando de erro de direito — *idem*.

### **Conhecimento de carga**

No seu endosso não é essencial a data — XLVII, 138.

Não o annulla a falta de assignatura do carregador — *idem*.

### **Contestação**

Havendo litis consortes, as contestações de todos elles devem ser produzidas em um só termo e em um só acto — CX, 450.

### **Contrafacção de marca de commercio**

Vide *Marca de commercio*.



## **Contractos com o poder Legislativo**

Estão sujeitos aos principios geraes do Direito das Obrigações  
— LXXVIII.

### **Credor**

não fica obrigado a quaesquer arranjos que o devedor faça  
com terceiro para pagamento da divida — XIX, 46.

### **— cessionario**

Bem pode exigir do devedor quaesquer garantias para o  
credito cedido — XXXIII, 89.

### **— chirographario**

Não pode executar bens hypothecados pelo devedor commum  
antes de vencida a divida hypothecaria, mesmo quando  
esteja insolvente o devedor — XXVI, 71.

### **— pignoraticio**

Pode vender, para seu pagamento, titulos recebidos em  
penhor, havendo para isso clausula expressa no  
respectivo contrato — XLIII, 120.

## **Curador de massas fallidas**

Suas funcções — LXI, 231; LXII, 234.

## **D**

## **Damno de coisa immovel**

E' crime capitulado no art. 329 Cod. Pen., quaesquer que  
sejam as pretenções possessorias do respectivo autor.

Está revogado o art. 2º da L. de 18 de Setembro de 1850 — LXXV, 308.

### **Damno irreparavel**

Faz o despacho que denega desde logo precatoria executoria para penhora no lugar onde o executado tem bens suficientes para cubrir a execução, e não bastam os penhorados no fóro da causa — CXVII, 480.

— A restrição que dos casos de damno irreparavel fez o art. 22 n. 2 let. k do Reg. n. 2579 de 16 de Agosto de 1897 é invalida, — *Idem*.

### **Datio in solutum**

Seus caracteres — XXXIV, 91.

### **Delicto continuo**

Quando se dá — LXVIII, 269.

### **Denuncia no caso do art. 333 Cod. Pen.**

Não cabe fóra do flagrante — LXV, 252.

### **Depositario Publico**

Não é obrigado a accionar, dentro do anno do protesto, os responsaveis pelas letras de cambio ou da terra recolhidas ao deposito — XC, 375.

### **Derogação e revogação das leis**

Principios reguladores — LXII, 234; LXXXI, 347.

## **Despejo de casa**

Mesmo pendente a respectiva acção por falta no pagamento do aluguel, pode o devedor purgar a mora.

Esta acção não é accumulavel com a de resiliação do contrato de aluguel — XXXI, 83.

— A acção de despejo da casa está subordinada á regra geral das alçadas.

Na falta de contrato escripto com tempo determinado, para o computo da alçada se deve entender que a locação foi feita a mez, semestre ou anno, segundo o costume do logar — CIII, 426.

## **Devedor hypothecario**

não precisa de consentimento do credor para penhorar fructos pendentes do immovel hypothecado si estes não ficaram especialmente comprehendidos na hypotheca — XXIX, 76.

## **Directoria de sociedades anonymas**

não póde, independentemente de disposição expressa nos estatutos ou de deliberação da assembléa geral dos accionistas, contrahir empréstimos de dinheiro para pagamento de juros de *debentures*.

Nullo o empréstimo contrahido fóra daquellas condições, ficam por elle pessoal e solidariamente responsaveis os membros da directoria.

Pelo que, não é licito ao credor mutuante requerer contra a Companhia supposta mutuaría — LX, 229.

## **Direito internacional privado**

As questões de direito internacional privado são de pura controversia. Qualquer que seja a resposta é sempre opinativa — XCIII, 384.

### **— substantivo e direito adjectivo**

Que sejam e em que se distinguem — LXII, 245; LXXVI, 327.

## **Dirimentes da calumnia e da injuria**

- a) *animus retorquendi*;
- b) *animus defendendi*;
- c) *exceptio veritatis* — LXIX, 274.

## **Dissolução de sociedade anonyma**

Para que se dê não basta, si a sociedade se formou para varios fins, a circumstancia de não poder preencher um delles LVIII, 211.

### **— de sociedade em nome colectivo**

Basta que os credores tenham noticia ou saibam da dissolução para que lhes sejam applicaveis as regras concernentes á responsabilidades dos socios.

Critica dos arts. 338 e 343 Cod. Com. — LIII, 178.

## **Divida certa e liquida**

O que seja — XCIII, 460

## **Divisas entre municipios**

As leis que as decretam têm ou não vigor consoante os principios geraes sobre applicação das leis — LXXXI, 347.

## **Doação**

Valida é a que commerciante faz a filho seu, qualquer que seja a causa e não obstante haver reserva de usufructo.

Dos bens assim doados não póde o doador fazer hypotheca valida.

Mas em beneficio da massa é nulla si o doador veiu a fallir dentro em dois annos da data da doação — XLI, 116.

## **Doações de terrenos feitas pelas Camaras Municipaes**

Sua validade. Dominio e posse dos donatarios — XIV, 28.

## **E**

## **Embargos de declaração**

Sua natureza e effeitos — CXXII, 492.

## **Emphyteuse**

Regras sobre bemfeitorias do foreiro — XXXVI, 99.

## **Emprestimos de dinheiro para pagamento de juros de debentures**

Não o pódem contrahir os directores das sociedades anonymas independentemente de disposição expressa nos estatutos ou de deliberação da assembléa geral dos accionistas — LX, 229.

## **Endosso do conhecimento de carga**

Não é essencial que seja datado. Não lhe é applicavel o disposto no art. 362 Cod. Com. — XLVII, 138.

### **Erro sobre o nome do navio**

Quando annulla o contracto de seguro — XLIX, 153.

### **Escrevente habilitado**

A elle se equipara o ajudante habilitado do art. 83 do Dec. n. 123 de 10 de Novembro de 1892. — CIV, 427.

### **Estellionato**

Idéa e conteúdo desta figura criminosa. Seus elementos objectivo e subjectivo — LXVII, 256.

### **Exame medico para levantamento de interdicção**

Critica — CI, 417.

### **Execução de coisa certa**

Ao executado, que condemnado a fazer entrega de coisa certa, depositou dinheiro para segurar o juizo e vir com embargos, é licito, em qualquer momento da execução, exhibir a propria coisa exequenda e levantar o dinheiro, substituida a penhora do dinheiro pela do objecto da execução — CXIX, 487.

### **Executivo para cobrança de honorarios de advocacia**

Sómente cabe nos casos do art. 202 do Dec. n. 5735 de 2 de Setembro de 1864 — CXIII, 460.

### **— para cobrança dos alcances dos exactores municipaes**

Em regra não compete ás Camaras Municipaes — CXV, 463.

## **Expropriação**

A expropriação total ou parcial do predio alugado importa a resiliação do contracto de aluguel — XXX, 78.

## **F**

## **Factura de venda**

A factura, que nos termos do art. 200 n. III Cod. Com. Opéra a tradição symbolica, não é a da propria venda, sinão a que transferiu ao vendedor a propriedade da coisa revendida — XLII, 118.

## **Fallencia de uma succursal**

Vide *Competencia* — XCVI, 390.

## **Filhos adulterinos**

Devem ser legitimaveis *per subsequens matrimonium* — V, 11.

— São taes os filhos de divorciados com a concubina — VIII, 17.

## **Força maior**

Seus caracteristicos — LXXXV, 359.

## **Fôro competente**

E', para o processo de injuria impressa, o do logar da traducção ou reimpressão do escripto ou artigo injurioso — LXX, 288.

## **Fôro continentia causarum**

Seus elementos — LV, 192.

## **Fraude no registro de terras**

Elementos de indução — XV, 33.

## **G**

### **Garantias do credor cessionario**

O credor cessionario bem póde exigir do devedor quaesquer garantias para o credito cedido — XXXIII, 89.

### **Grande naturalização**

Seus efeitos — XCVII, 391.

Faz perder a patria de origem. Salvo quanto á mulher e filhos si estes continuaram a residir na patria que o chefe da familia perdeu pela grande naturalização — XCIII, 384.

### **Gratificação aos incorporadores de sociedades anonymas**

Vide *Commissão aos incorporadores de sociedades anonymas* — LIX, 213.

## **H**

### **Hasta publica**

E' essencial na venda de immoveis pertencentes a menores orfãos — I, 1.

### **Hermeneutica testamentaria**

Questões e regras sobre interpretação de testamentos — XX, 48, CVIII, 439.

### **Honorarios de advocacia**

O respectivo contracto é de locação de serviços, e prova-se por qualquer especie das provas admittidas em direito.



Sua rescisão injusta obriga á satisfação de perdas e danos — XXXVIII, 104.

— Os respectivos contractos devem ser interpretados e cumpridos segundo os principios geraes do *Direito das Obrigações* — XXXIX, 111.

— Elementos para a respectiva estimação — XL, 113.

## Hypotheca

Fóra de casos de fallencia e insolvencia, não é licito ao credor por segunda hypotheca, não estando vencida a primeira, penhorar e excutir o immovel hypothecado.

Nem contra esta conclusão procede a circumstancia de se haver o segundo credor constituido cessionario do primeiro — XXIII, 60.

— Na partilha de um credito hypothecario cada successor adquire direito real subre a integralidade do immovel hypothecado; pelo que, não pódem os co-successores se oppôr a que qualquer delles execute, pela respectiva quota, o mesmo immovel XXV, 69.

— Credores chirographarios não podem executar bens a outrem hypothecados antes de vencida a divida hypothecaria, mesmo que esteja insolvente o devedor — XXVI, 71.

Não podem ser objecto de hypotheca, mesmo judicial, bens já arrestados — XXVII, 72.

— Annullada a hypotheca pela razão de não pertencer ao devedor hypothecante o immovel hypothecado, pode o credor hypothecario, cuja acção chegou aos termos da

arrematação, prosseguir, como qualquer chirographario, nos termos da execução interrompida.

- O credor hypothecario, nesse caso, não pode reclamar contra a entrega das plantações do imóvel feita ao dono do mesmo imóvel. Seu direito se estende unicamente a segurar, nas mãos do proprietário, o valor das indenizações por este devidas ao seu devedor — CVVIII, 484.

## I

### Imbecilidade

Analyse de um caso de imbecilidade enquadravel no art. 27 § 3º Cod. Pen. — C, 409.

### Inconstitucionalidade de leis estaduais

Inconstitucionalidade da L. paulista n. 117 do 1º de Outubro de 1892 sobre *Caixas Economicas* — LXXVI, 327.

### Injuria e calumnia

Que são e em que se distinguem — LXVIII, 269.

— Caracteristicos de cada um destes delictos — LXIX, 274.

— Constitue-se qualquer destes crimes pela traducção ou republicação de escriptos injuriosos — LXX, 288.

### Injuria equivoca

O que seja — LXXI, 291.

### Inquilino

Não tem direito ao interdicto *unde vi* contra o senhorio para que se complete o tempo do aluguel do predio que,

demolido por decreto municipal, deu ligar á contrução de outro differente do que fôra alugado — XXX, 78.

### **Instrumento de aprovação de testamento**

Vide *Nullo não é* — XXI, 51.

### **Intelligencia dos seguintes textos:**

*Const. Federal* — art. 34 n. 23 e 65 — LXXVI, 327.

*Codigo Commercial* — arts. 200 n. III — XLII, 118.

275 — XLIII, 120.

279 — XLIII, 120.

289 — LV, 192.

335 n. 1 — LIV, 186.

338 — LIII, 178.

339 — LII, 174.

343 — LIII, 178.

575 n. 5 — XLVII, 138.

*Codigo Penal* — arts. 27 §§ 3º e 4º — C, 409.

232 § un — LXVI, 254.

315 § un. — LXXIII, 302.

321 — LXXI, 291.

329 — LXXV, 308.

333 — LXV, 252.

370 § un. — LXXIV, 305.

*Código do Processo criminal* — arts. 144 e 145 — CXXVII, 506.

*Dec. n. 169-A de 19 de Janeiro de 1890*, art. 16 — CXV, 463.

— n. 434 de 4 de Julho de 1891, art. 20 — LIX, 213.

— estadual n. 135 de 17 de Dezembro de 1892 — LXIX, 274;  
LXXIX, 342.

*Ordenação liv. 4º tit. 80 § 1º* — na parte em que manda, na caso de não saber ou não poder o testador assignar o testamento, faça-o a seu rogo uma das cinco testemunhas instrumentarias — XXI, 51.

— *liv. 4º tit. 96 § 9º*, quanto á nomeação de inventariante — XI, 23.

— § 22, na parte que manda metter os herdeiros na posse dos respectivos quinhões *sem embargo de quaesquer embargos* — XIII, 26.

— tit. 102 § 8º — quanto á nomeação de curador de bens de órfãos — XII, 23.

*Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850* — arts. 683-689 — XLVII, 145.

## **Invasão de privilegio**

Sendo acto illicito, nunca importa a caducidade delle — LXXXVI, 363.

## **Inventariante dativo**

Deve ser mesmo de preferencia ao testamentario, um dos herdeiros de maior idade, capaz de administrar o espolio — XI, 23.

## J

### **Jogo da péla**

não é de azar — LXXIV, 305.

### **Jogos proibidos e jogos permittidos**

Quaes sejam — *idem*.

### **Juiz formador da culpa**

Sua função — CXXVII, 507.

### **Juizes de Paz**

São competentes para substituirem os Juizes de Direito no julgamento dos inventarios e partilhas.

Bem assim no dos processos de divisão de terras — CII, 424.

## L

### **Lesão**

Vide *Simulação*.

### **Letras de favor**

São legítimos titulos de credito, e juridicamente obrigam os respectivos signatarios.

Contra ellas não pode ser arguido o vicio da simulação — XLIV, 133.

### **Leis sobre fallencia**

Sua natureza — LXII, 234.

## **— substantivas e leis adjectivas**

Sua discriminação — LXII, 234; LXVII, 327.

## **Livros importados do estrangeiro**

Estão sujeitos a direitos aduaneiros ainda que entrem por via postal — XCII, 381.

## **M**

### **Mandato**

O que é da natureza do negocio se comprehende nos poderes do mandatario incumbido de o celebrar.

Pelo possível excesso do mandatario responde o mandante: si houve má fé este tem acção contra aquelle — XXIII, 43.

### **Marca de commercio**

Seu conceito.

Não ha contrafacção no facto de se pôr á venda, em lugar onde o industrial registrou a sua marca, productos do mesmo registro comprados em outra praça de onde são livre e francamente exportados — XLV, 130.

### **Marca de fabrica**

Em que differe de nome commercial — XLVI, 132.

### **Monomania**

Extensão da incapacidade do monomaniaco nos actos da vida civil — XCVIII, 400.

## **Móra**

Seus característicos.

No pagamento de alugueis de casa é purgavel mesmo pendente a acção de despejo — XXXI, 83.

## **Mudança de governo**

A mudança operada pelas revoluções, no governo do Estado, não influe na existencia dos contractos celebrados com a situação substituida — LXXVIII, 339.

## **— de voto**

Não é licito a nenhum juiz, uma vez proferida a decisão da causa, mudar de voto, nem por allegar que se equivocára — CXXIII, 497.

## **N**

## **Naturalização**

Vide *Grande naturalização*.

## **Nome commercial**

Em que se distingue da marca de fabrica.

Quando o nome é a propria marca deve ser registrado — XLVI, 132.

## **Novação**

Seus caracteres — LXXXV, 359.

## **Nulla é a escriptura**

pela qual o marido divorciado se obriga a manter a concubina e sua prole, e a legalizar a prole quando possível fôr — VIII, 16.

## **Nullidades**

Systema dos arts. 686 § 3º e 689 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, quanto ás nullidades que podem ser pronunciadas *ex-officio* e ás que dependem de acção directa rescisoria — XLVII, 145.

— Só as pode arguir aquelle a quem aproveite a respectiva pronunciação — CXV, 463.

## **Nullidades de processo criminal**

Constitue nullidade:

- 1º Figurarem no conselho de julgamento jurados cujos nomes não constam de peça alguma dos autos.
- 2º Não tendo comparecido a sessão do julgamento uma só das testemunhas arroladas, e havendo o autor requerido o adiamento, não decidir o juiz por si o incidente, e consultando o conselho, proseguir no julgamento por haver este assim opinado.
- 3º Depôrem no plenário, sem preceder intimação ao réo, testemunhas não arroladas no libello, ainda que houvessem deposto no summario.
- 4º O reconhecimento de circumstancias aggravantes e attenuantes reciprocamente incompatíveis — CXXIX, 509.

## **Nullidade da citação de um co-réo**

não aproveita aos outros — CVI, 431.



## **Nullo**

não é o instrumento de aprovação de testamento que foi assignado, a rogo do tentador, por sexta pessoa, além das cinco testemunhas instrumentarias — XXI, 51.

## **Nunciação de obra nova**

A *nunciação de obra nova* não é acção competente para impedir a abertura de estrada.

Nem se accumulando com a de manutenção.

Mas a despeito da accumulção, valerá a ultima desde que foi regularmente processada — CXII, 458.

## **Nunciante de má fé**

Não procede de boa fé o Nunciante, que depois de vencido por varias vezes, por sentenças passadas em julgado, volta a embargar a mesma obra.

Deve, nesse caso, responder pelas perdas e danos que trazer ao Nunciado.

Mas a indemnização deve ser pedida por acção ordinaria.

Nem isenta o Nunciante desta responsabilidade a circumstancia de não haver o Nunciado requerido e prestado a caução *de opere demoliendo*. — CXVI, 477.

## **O**

## **Obra nova**

Vide *Nunciação de obra nova*.

## **Obrigatoriedade dos decretos do Poder Executivo**

Começa da sua publicação no *Diário Oficial* — LXXIX, 342.

## **P**

### **Pacto commissorio tacito**

Não é do nosso direito — LXXXIII, 350.

### **Pactos de non succedendo**

São inadmissíveis — IV, 10.

### **Pagamento com subrogação no credito hypothecario**

E' licito ao 2º credor hypothecario subhastar o immovel onerado, para, pagando o credito do 1º, ficar subrogado nos direitos delle, e promover, quando parecer melhor, nova praça para o fim de se reembolsar das sommas que despendeu.

Nem o 1º credor, com dizer que opta pela antichrese, pode obstar aquelle pagamento, que é obrigado a receber — XXIV, 65.

### **Partilha**

Como se deve partilhar entre viuvo e herdeiros a herança composta de bens diversos com uma só avaliação — CXIV, 462.

### **— de credito hypothecario**

Vide *Hypotheca* — XXV, 69.

### **Pena da Ord. liv. 4º tit. 24 § 1º**

Não é applicavel ao proprietario que, estipulada multa em contrato de aluguel, deposita o valor da multa e exige o predio — XXXII, 88.

## **Penhor de títulos**

Pode-os vender o credor pignoratício para seu pagamento havendo para isso cláusula expressa no respectivo contrato — XLIII, 120.

### **— agrícola de fructos**

Só compreende precisamente aquelles de que se faz menção na respectiva escriptura.

De modo que, dada em penhor a safra de determinado anno, perde o mutuante a acção de penhor si toda a safra foi vendida. Só lhe resta a acção ordinaria para haver o saldo a que tiver direito — XXVIII, 75.

— O devedor hypothecario não precisa de consentimento do credor para penhorar fructos pendentes do immovel hypothecado si estes não ficaram especialmente comprehendidos na hypotheca — XXIX, 76.

## **Penhora**

Não são compossiveis duas penhoras sobre o mesmo objecto — CXV, 463.

### **— de dinheiro**

Em execução para entrega de coisa certa pode ser substituida pela do proprio objecto da execução, e em qualquer momento desta — CXIX, 487.

— Diversas questões incidentes — CXVII, 480.

## **Pessoa juridica de natureza beneficente**

Seus caracteristicos — LVI, 205.

## **Plantações em terreno alheio**

Cedem ao dono do solo — XXXV, 94.

## **Poder judiciario**

E' o unico competente para conhecer das questões de direito privado entre as Camaras Municipaes e os municipes — LXXIII, 353.

## **Policia**

Sua acção, combinada com a das autoridades municipaes, na inspecção dos theatros — XCI, 377.

## **Posse**

que leva á usucapião, de que momento se começa a contar — XV, 23.

## **— das Municipalidades**

Adquisição de posse das Municipalidades por intermedio dos seus legitimos representantes. Os municipes apenas exercem de facto a posse que aquelles, em nome da Camara, adquiriram.

A posse de mais de cem annos, ou *immemorial*, faz presumir justo titulo e boa fé e não admitte prova em contrario — XIV, 28.

## **Pluralidade de delictos**

O que seja — LXVIII, 269.

## **Prazo dos contratos**

Modo de o computar — LXXXIV, 357.

## **Privilegio**

Inconstitucionalidade da lei que o concede para o serviço de enterros — LXXXVI, 363.

## **Procuração in rem propriam**

No direito portuguez — XVII, 41.

## **Pronuncia**

Seus elementos — CXXVII, 506.

## **Proposta**

por estar assignada pela maioria dos accionistas de uma sociedade anonyma não dispensa a respectiva discussão e votação pela assembléa reunida — LVIII, 211.

## **Prorogação de sociedade**

A prorogação de sociedade commercial dissolvida pela expiração do respectivo prazo depende de novo contrato — LIV, 186.

## **Prova de fortuna do mar**

Vide *Sinistro marítimo* — XLVIII, 151.

## **Q**

## **Queixa (Nullidade da)**

Depois do despacho que recebeu e mandou autoar a queixa e ouvir o accusado, já não pode o juiz fazer trancar o processo com o pretexto de nullidade da mesma queixa.

Pendente o suminario de culpa, só mediante os termos do processo pode o juiz conhecer de nullidades — CXXV, 503.

- Não compete ao escrivão, no caso do art. 333 Cod. Pen., em cujo cartorio estavam os autos dos quaes a parte subtrahiu documentos — LXV, 252.
- Compete ao socio gerente de firma commercial, tendo, pelo contracto, qualidade para a representar — LXVIII, 269.

### **Questões de competencia**

Pode, em qualquer tempo, dellas conhecer o Poder Judiciario — LXXXIII, 253.

## **R**

### **Regimen dotal**

No regimen dotal communicam-se os adquiridos — XCVII, 391.

### **Registro** (Falta de)

Do contrato ou do distrato social de sociedade em commandita não basta para converter o socio commanditario em solidario — L, 156.

### **— de terras**

Formalidades — XV, 33.

### **Remoção de tutor**

*Vide Tutor suspeito.*

### **Réo preso**

O réo preso não tem a escolha do fôro da prisão ou da fiança ou daquelle a que era sujeito.

A L. de 11 de Setembro de 1830, que conferia aquella escolha, foi revogada pelo Decr. n. 763 de 19 de Setembro de 1890, combinado com o art. 739 do Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 — CXXVIII, 508.

### **Rescisão de contrato**

Não pode o Governo só por si rescindir os contractos que celebrou com particulares, e fica obrigado a resarcir o prejuizo o que a rescisão der causa — LXXXII, 350.

### **Retirada de socio**

A retirada de um socio de firma commercial, e consequente dissolução da sociedade, extingue o contrato de aluguel de um predio feito pela firma social — LI, 169.

— Pendente o prazo social, que effeitos produz.

Responsabilidade do socio retirante para com terceiros.

Direitos dos socios remanescentes — LII, 174.

### **Revogação das leis**

LXII, 234; LXXX, 347.

## **S**

### **Segundo credor hypothecario**

Vide *Hypotheca* — XXIII, 60.

— Vide *Pagamento com subrogação* — XXIV, 65.

### **Segurador**

Vide *Sinistro maritimo*.

## **Simulação**

Vide *Coisa julgada* — CXXIV, 151.

## **Sinistro marítimo**

Responsabilidade do segurador — XLVIII 151.

## **Sobrinho**

filho do sobrinho falecido antes do tio, não concorre á herança deste si ficaram irmãos e sobrinhos filhos de irmãos — VI, 14.

## **Sociedade em commandita**

Sua natureza e caracteres—L, 156.

## **Sociedades anonymas**

Podem, por deliberação da assembléa geral, reduzir o capital — LVII, 208.

### **— Commerciaes são pessoas juridicas**

LI, 169.

### **— sua dissolução pelo advento do termo do contrato**

Opera-se *ipso jure* — LIV, 186.

## **Socio commanditario**

Não pode ser declarado fallido — L, 156.

— Sua responsabilidade se limita pelo balanço levantado na epoca da expiração do prazo social — LIV, 186.



- Tendo realizado metade do capital em dinheiro e se obrigado a realizar a outra metade com os lucros da sociedade, não é obrigado a perfazer o capital si a sociedade não deu lucros — LV, 192.

### **Socio gerente de firma commercial**

- é competente para accionar o autor de injurias feitas á firma — LXVIII, 269.

### **Subsequente matrimonio**

*Vide Filhos adulterinos.*

### **Sugestão ao crime**

Seus caracteristicos — LXIII, 248.

## **T**

### **Tentativa**

Seus caracteristicos — LXXII, 299.

### **Testamento**

Regras sobre sua interpretação — XX, 48; CVIII, 439.

- Não é nullo aquelle cujo instrumento de approvação foi assignado por sexta pessoa — XXI, 51.

### **Tutela dativa**

Deve recair de preferencia no parente mais proximo do menor. XII, 23.

### **Tutor**

Depois de finda a tutella pode comprar bens daquelle cujo tutor foi — LXVI, 254.

## — suspeito

Tira se-lhe a administração enquanto se conhece da remoção e dá-se-lhe substituto até decisão final — CVII, 434.

## Tradição symbolica

Vide *Factura de venda*.

## Trilhos das companhias de viação

Extensão de direito de taes companhias sobre os trilhos de sua propriedade — LXXXVIII, 369.

## U

## Usucapião

Do momento inicial da posse capaz de levar á usucapião — XV, 33.

## Usufructo

No legado de usufructo, a nua propriedade passa logo aos herdeiros do testador; de modo que, por morte do usufructuario, a consolidação do dominio se opera, pelo direito de representação nos herdeiros do herdeiro que haja por ventura se finado antes do mesmo usufructuario — CIX, 445.

## Usus loquendi

como fonte de interpretação de escriptos injuriosos — LXXI, 291.

## V

## Venda de bens de menores

Vide *Hasta publica*.

**— de pais a filhos**

E' valida desde que se faça por autoridade do juizo — II, 6.

- Podem os herdeiros fazer dos bens que lhes foram lançados, posto que penda de appellação a sentença que julgou as partilhas — XIII, 26.

\_\_\_\_\_